

[Front cover]



[Front flap-front pastedown]



[Title page-front pastedown]



بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله

باب حد قاطع الطريق

من شهر السلاح وأخاف السبيل أي الطريق في
مصر أو قرية أو [illegible] أو بحر وكان ذا جماعة في قوة ومنعة
وجب على الإمام [illegible] طلبهم لأنه لو ترك الطلب قويت
شوكتهم وكثر الفساد [illegible] منهم في قتل النفوس وأخذ الأموال
فإن وقعوا في [illegible] الإمام قبل أن يأخذوا مالاً أو
يقتلوا النفس وجب عليهم التعزير فيعزروا ويحبسوا
حتى يتوبوا على حسب ما يراه السلطان لأنه تعرض
للدخول في معصية عظيمة فيعزروا كالمتعرض للسرقة
بالنقب والمتعرض [illegible] القتل قال أبو العباس
بن سريج والأولى للإمام أن يحبسهم في غير بلدهم
ليكون أزجر لهم وأوحش عليهم وليس حبسهم
بحد وإنما هو على ما يراه من حصول الردع به
فصل وقال مالك يجب عليهم الحدود إذا أخافوا
السبيل وشهروا السلاح الحدود المذكورة فمن كان
منهم ذا رأي قتله ومن كان ذا جلد وقوة قطعه ومن
[illegible] له ولا قوة حبسه دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم
دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد

إحصان أو قتل نفس بغير نفس ولم يوجد منهم إلا شهر
السلاح وإخافة السبيل وأحد من [illegible] ولأن
الحدود مختلفة تتعلق بأجرام مختلفة فلا يعتبر فيها
كالحدود الواقعة في سائر المواضع ولأنه مؤمن لم
يقتل فلم يجز قتله كغير المحارب فإن احتجوا بقوله تعالى
أن يقتلوا أو يصلبوا قلنا المراد به إذا قتلوا هكذا
روي عن ابن عباس في تفسيره [illegible] عليه ما تقدم من
الخبر فالواو روي أن النبي عليه السلام قال من شهر سيفا
ثم وضعه فقد وجب دمه [illegible] هو غير معروف في
شيء من كتب أهل الحديث [illegible] شهوده ويدل على سقوط
الخبر الذي تقدم ذكره [illegible] عندهم فصل
وإذا شهروا السلاح وأخافوا السبيل على ما مضى
وأخذ كل واحد منهم نصاباً من المال محرزاً بحرز
مثله ممن يقطع بسرقة ماله وجب قطع يده اليمنى
ورجله اليسرى لما روى الشافعي بإسناده عن ابن
عباس أنه قال في قطاع الطريق إذا قتلوا وأخذوا
المال قتلوا وصلبوا وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال
قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت
أيديهم وأرجلهم من خلاف ونفيهم إذا هربوا أن يطلبوا

p. [3]-4

حتى يوخذوا فيقام عليهم الحدود ولانه يساوي السارق
في اخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه
في قطع اليد وزاد عليه اخافة السبيل وشهر السلاح
فغلظ بقطع الرجل ومن اصحابنا من قال يقطع اليد لاجل
المحاربة ايضا لانه لو لم يكن مختصا بالمحاربة لاعتبر فيه ان ياخذ
المال على وجه الاستخفا فلما ثبت انه لا يعتبر فيه ذلك علم
انه مختص بها والاول اشبه لانا لو جعلناه مختصا بالمحاربة
لكنا قد غلظنا بهذا الفعل تغليظين ولا سبيل الى ذلك
وحكي عن ابن عمر ان الاية نزلت في المرتدين من العرنيين
حين ارتدوا عن الاسلام وقتلوا الرعاة واستاقوا ابل
المسلمين فبعث النبي عليه السلام من جاء بهم فقطع ايديهم
وارجلهم وسمل بفتح السين بلا نقط وفتح الميم اعينهم والقاهم
بالحرة حتى ماتوا وقال قوم المراد بالاية اهل الذمة
اذا نقضوا العهد واخافوا السبيل وقطعوا لان محاربة
الله ورسوله انما تكون من الكفار فاما المسلمون فلا يحاربون
الله ورسوله والدليل على ان المراد بالاية المسلمين اذا قطعوا
الطريق انه قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا
عليهم ولو كان المراد بها الكفار لكانت التوبة
تسقط عنهم القتل سواء كان قبل القدرة او بعدها

4

فاما المحاربة فقد تكون من المسلمين بارتكاب المعاصي
يدل عليه قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا
ما بقي من الربا ان كنتم مومنين فان لم تفعلوا فاذنوا
بحرب من الله ورسوله فدل على ما قلناه ه **فصل**
واذا اراد ان يقطع المحارب فانه تقطع يده وتحسمها حد
ثم تقطع رجله وتحسمها في مكان واحد لانهما جميعا واحر
ما فيهما في حال واحد فان لم تكن له اليد اليمنى وله الرجل
اليسرى قطعت الرجل اليسرى ولم يكن عليه قطع
شيء اخر وذكر في الايضاح وجها اخر انه يجعل الموجود
تبعا للمفقود فيقطع يده اليسرى ورجله اليمنى
والمشهور هو الاول لان الحد تعلق بهما فاذا فقد
احدهما تعلق الحد بالباقي كما قلنا في السارق اذا كانت
له يد ناقصة الاصابع لان العضوين ها هنا بمنزلة
العضو الواحد وكما اذا سرق وله يمين ناقصة
اقتصر على قطعها ولم ينتقل الى غيرها فكذلك ها هنا
وان كان له اليد اليمنى وليس له الرجل اليسرى
قطعت اليد اليمنى ولم يكن عليه قطع في شيء
اخر لما مضى وان لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل
اليسرى انتقل القطع الى اليد اليسرى والرجل اليمنى

لان ما سرا به معدوم فتعلق الحد بما بعده لان قطع العضوين
في هذا كقطع العضو الواحد في السرقة ثم ثبت انه لو
سرق ولم يكن له يمين قطعت رجله اليسرى فكذلك
هاهنا وان لم يكن له الرجل اليمنى ولا الرجل اليسرى
قطعت يده اليمنى خاصة لما مضى فان عاد الى ذلك
قطعت اليسرى فصل وان اخذ كل واحد منهم
دون النصاب لم يقطع وخرج ابو علي بن خيران قولا اخر
انه لا يعتبر النصاب هاهنا كما لا يعتبر التكافؤ
في القتل في المحاربة في احد القولين وهذا خطأ اي سهو
لانه قطع يجب باخذ المال فيشترط فيه النصاب كقطع
السرقة ولان القطع في المحاربة وغيرها يجب لجهة واحدة
وهو حق الله تعالى فاستويا في ذلك ويفارق القتل لانه
يجب في غير المحاربة للادمي خاصة ويجب في المحاربة
للادمي متعلقا بحق الله تعالى وبالقول الذي خرجه
ابو علي بن خيران قال مالك واحتج بقوله تعالى او تقطع
ايديهم وارجلهم من خلاف قلنا المراد بها اذا اخذ
نصابا كما كان المراد بقوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما قالوا اخذ المال على وجه المحاربة
فاشبه اذا اخذ نصابا قلنا ذاك مما ورد الشرع

سرق

6

بالقطع في اخذه وما دونه بخلاف ذلك فافترقا قالوا
لما لم يعتبر اخذ المال من الحرز لم يعتبر فيه النصاب قلنا
لا نسلم انه لا يعتبر فيه الحرز بل يد صاحبه حرز له ولا
يمتنع ان يخالف هذا غيره من الاحراز كما خالفه في
حكمه ولان اعتبار الحرز لا يدل على عدم اعتبار
النصاب بان اعتبار الحرز اضعف من النصاب بدليل
ان رجلين لو نقبا معا فاخذا نصف دينار وجب عليهما
القطع ولو اخذا اقل من ذلك سقط القطع والنقب
في الحالين سوا فلما كان اعتبار الحرز اضعف
واعتبار النصاب اقوى لم يجز اسقاط الاقوى
لسقوط الاضعف فلذلك افترقا فصل
وان اخذ المال من غير حرز بان انفرد عن القافلة
واخذ من جمال منقطع برك العائد لعاهدها لم
يقطع لانه قطع يتعلق باخذ المال فيشترط فيه الحرز
كقطع السرقة وهكذا اذا استقر عدد قليل
واستقروا ابا للبلد في المواضع المنقطعة واخذوا المال
لم يجب عليهم القطع لانهم مختلسين وكذلك اذا خرج
في البادية الواحد والاثنان والثلاثة على اخر قافلة
الحاج فاستلبوا منها المال لم يقطعوا لانهم ليسوا محاربون

لانهم لا يرجعون الى منعة وقوة وكذلك ان اعترضوهم
بغير سلاح واخذوا المال لم يقطعوا لانهم ليسوا المحاربين
لانهم لا يمنعون من يقصدهم فان اعترضوا بالعصي او الرمي
بالحجارة فهم محاربون وبه قال ابو ثور وقال ابو حنيفة
ليسوا محاربين لانه لا سلاح معهم وهذا غلط لان
العصي والحجارة من جملة السلاح الذي ياتي على النفس
والطرف فاشبه الحديد **فصل** ومن اصحابنا
من قال اذا جرى منهم ذلك في الصحرا او البحر او في
قرية بحيث لو استغاث اهلها لم يلحقهم الغوث
او في محلة منقطعة من المصر لا ياتيها الغوث من باقي
المصر كان الحكم فيه كذلك واما الامصار الكبار
فاذا وجد منهم ذلك في وسط البلد في المواضع التي
يكاثر فيها الناس في اسواقهم ودروبهم اذا كبسوا
سوقا منها ونهبوها او دارا منها فنهبوها فلا
يكون حكمهم حكم قطاع الطريق وبه قال ابو حنيفة
والثوري واسحق وعن مالك روايتان احدهما انه يلزمهم
حكم قطاع الطريق اذا كانوا من الحضر على ثلاثة اميال
فصاعدا والاخرى انهم في البلد وخارج البلد سواء في
الحكم وهذا موافق لما ذكرناه عن المذهب اولا وهو

الذي ذكره صاحب الكتاب والقاضي ابو الطيب الطبري
وغيرهما من شيوخ اصحابنا وبه قال الاوزاعي والليث
بن سعد وابو ثور وابو يوسف وتوقف احمد في ذلك
دليلنا قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون
في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم
وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ولم يفرق بين
ان يكون ذلك في المصر او خارج المصر فهو على عمومه
ولانه معصية توجب الحد فاستوى فيها المصر
وغيره كسائر المعاصي ولان القطع في المصر اعظم
في الهتك فهو بالحد احق قالوا يلحقه الغوث فاشبه
الغاصب واخذ المال على غفلة قلنا الكلام في موضع
يستولي المحارب فلا يلحق الغوث والمعنى في الاصل
انه لم يحصل اخافة السبيل فانه مقهور بالسلطان
والرعية وهذا الخلاف قال ابو بكر الرازي الذي قال ابو حنيفة
كان في وقته واما الان فان الامر على ما قلتموه وسلم
المسالة **فصل** وان قتل ولم ياخذ المال
انحتم قتله ولم يجز للولي العفو عنه وحكي عن بعض
الناس انه لا ينحتم دليلنا ما روى ابن عباس قال نزل
جبريل بالحد فيهم ان من قتل ولم ياخذ المال قتل والحد لا يكون

الاحتمال لان ما اوجب عقوبة في غير المحاربة تغلظت العقوبة
فيه بالمحاربة كاخذ المال تغلظ بقطع الرجل مع قطع اليد
واحتج بان هذا قصاص فلا يتحتم كما لو كان في غير المحاربة قلنا
ما ذكرناه مقدم عليه ويكون قتله بضرب العنق بلا
مثلة ولا تعذيب ويدفع الى اهله ليغسلوه ويكفنوه ويصلوا
عليه فانه مسلم قتل بحق ولو صلى عليه الامام كان جائزا عندنا
فصل ولو جرح في المحاربة جراحة لا توجب القود
كالجائفة والمامومة ونحوهما وجب فيها المال وان
جرح جراحة توجب القود وجب عليه القصاص وهل
يتحتم ام لا فيه قولان احدهما انه يتحتم لان ما اوجب القود
في غير المحاربة تحتم القود فيه في المحاربة كالقتل والثاني
انه لا يتحتم بل هو على التخيير وهو الاصح لان الله تعالى ذكر
حدود المحاربة فذكر القتل وقطع اليد والرجل من خلاف
والصلب ولم يتعلق بالمحاربة سوى ذلك ويخالف الاطراف
النفس لان النفس اكد حرمة من الطرف الا ترى انها
تختص بوجوب الكفارة ودخول القسامة ولانه تغليظ
لا يستحق في النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة
فصل والمراة كالرجل في حد المحاربة فاذا قتلت
او اخذت المال وجب عليها حد قاطع الطريق وقال مالك

وابو حنيفة لا يجب عليها الحد وانما يجب عليها القصاص وضمان
المال ومن كان ردا لها من الرجال لا يجب عليه شيء دليلنا هو
انها معصية توجب الحد على الرجل فاوجبته على المراة كالزنا
والسرقة قالوا ليست من اهل القتال فهي كالصبي قلنا
ذاك ليس من اهل الحدود وهذه من اهل الحدود فهي كالرجل
فصل وان كان فيهم صبي فشريكه في اخذ المال يجب
عليه القطع واذا بلغت حصته نصابا وشريكه في القتل فيه
قولان بنا على ان عمد الصبي عمد او خطا فصل
واذا قتل المحارب من لا يكافيه مثل ان يقتل المسلم كافرا او الحر
عبدا او الوالد ولدا او السيد عبد نفسه فهل يجب قتله
ويسقط المكافاة فيه قولان احدهما يجب قتله والثاني انه
لا يجب عليه القتل وهو المشهور رواية قال احمد وقال ابو حنيفة
في الوالد اذا قتل ولده والسيد اذا قتل عبده لا يقتل
دليل الاول قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا ولم
يشترط الكفاءة في القتل فهو على عمومه وايضا قول
النبي عليه السلام من قتل عبده قتلناه وهذا الخبر في غير
المحاربة فوجب ان يكون في المحاربة قالوا ما لا يوجب
القتل في غير المحاربة لا يوجب القتل في المحاربة اصله قتل الخطا

قلنا لا نجوز اعتبار حال المحاربة بغير حال المحاربة الا ترى
انه في حال المحاربة يتحتم قتله ولا يسقط بعفو الولي
ولا يتعلق استيفاؤه بمطالبته وليس كذلك في
غير المحاربة فافترقا ثم المعنى في الاصل انه لم يقصد القتل
والعقوبة من شرطها القصد الى الفعل فاما اذا
لم يقصد كان معفوا عنه فان الشرع قد ورد بالعفو
عن الخطا والنسيان والتجاوز عن الامة فيهما فافترقا
فصل واذا قلنا باعتبار التكافؤ فلا يقتل المسلم
بالذمي ولا الحر بالعبد وقال مالك يقتل دليلنا قوله
صلى الله عليه وسلم لا يقتل مؤمن بكافر ولا يقتل حر بعبد
ولانه غير مكافئ له فلم يقتل به كما لو قتل عبد نفسه فان
احتجوا بقوله تعالى النفس بالنفس قلنا هي عامة بما فنخصها
ذكرناه قالوا قتل حرا منه في المحاربة فاشبه اذا
كافاه قلنا يبطل به اذا قتل عبد نفسه او قتل ولده
ثم المعنى في الاصل انه لو قتله في غير المحاربة اقتص منه
وها هنا بخلافه فافترقا فصل واذا كان في
قطاع الطريق اب او ابن للمقطوع عليهم الطريق لم
يسقط الحد عن الجميع وقال ابو حنيفة يسقط عن
الجميع ذكره صاحب الكتاب في النكت دليلنا هو

انه شبهة تختص بها واحد فلا يسقط بها الحد عن الباقين
كالشركاء في وطء امراة قالوا الجماعة كالنفس الواحدة
فاذا سقط عن بعضهم سقط عن الباقين قلنا لا نسلم
انهم كالنفس الواحدة فصل وان قتل واخذ
المال قتل على ما مضى وصلب وقال ابو حنيفة الامام
بالخيار ان شاء اقتصر على القتل وان شاء قتله وصلبه
وان شاء قطع يده ورجله وقتله دليلنا هو ان الصلب
حد يجوز في حق الله تعالى فلم يجز تركه كسائر الحدود
ولان القطع عقوبة يجوز تركها فلم يكن حدا لله تعالى
كالقطع فيما دون النصاب فان احتجوا بقوله تعالى
ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف
وهذا يوجب التخيير قلنا المراد به على الترتيب لما
ذكرناه عن ابن عباس انهم اذا اخذوا المال وقتلوا
قتلوا وصلبوا وان قتلوا ولم ياخذوا المال قتلوا
ولم يصلبوا واذا اخذوا المال ولم يقتلوا قطعت
ايديهم وارجلهم من خلاف وينفيهم اذا هربوا ان يطلبوا
ليقام عليهم الحدود ولانه لو كان به التخيير لتخير
بين القتل وبين قطع اليد والرجل كما اقتضى الظاهر
قالوا وجد سبب قطع اليد والرجل فاشبه اذا انفرد

قلنا القطع هو الاصل في اخذ المال فنضمه الى القتل اولى
قلنا اذا كان هو الاصل لم يجز ان يجعل تبعا لغيره وان
القصد به ردع غيره والصلب اردع فنضمه اليه اولى ه
فصل وذهبت طائفة الى ان الامام على التخيير فاذا
اشهر السلاح وقطعوا الطريق فالامام مخير فيهم بين
القتل والصلب والقطع والنفي ذهب اليه سعيد بن المسيب
وعطا ومجاهد والحسن البصري والنخعي والضحاك وداود
وتعلقوا بان او بعض التخيير كقوله تعالى فكفارته اطعام
عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم اما
او تحرير رقبة قلنا ما ذكرناه عن ابن عباس لا يخلوا ان
يكون توقيفا او لغة وايهما كان وجب المصير اليه يدل عليه
انه بدا بالاغلظ فالاغلظ وهو عرف القران فيما اريد به الترتيب
فان ما اريد به التخيير بدئ فيه بالاخف قال الله تعالى في كفارة
اليمين فكفارته اطعام عشرة مساكين ثم قال او كسوتهم
او تحرير رقبة وبدا في كفارة القتل والظهار بالعتق فدل
على ما قلناه فصل ويكون الصلب بعد القتل وقال اصحابنا
وقال يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت وحكى
ابو العباس بن القاص في التلخيص عن الشافعي انه قال يصلب
ثلاثا قبل القتل والمعروف هذا للشافعي وقال ابو الحسن الكرخي

قال ابو يوسف الصلب قبل القتل يصلب ثم يبعج برمح او
غيره حتى يموت وقال هذا مذهب ابي حنيفة وقال الطحاوي
في مختصره الصلب بعد القتل في قول ابي حنيفة الا ان
ابا الحسن الكرخي خطا الطحاوي في هذه المسئلة ونصر
ابو بكر الرازي ما حكاه ابو الحسن الكرخي وقال مالك اذا
راى الامام الجمع بين قتل المحارب وصلبه فانه يصلبه حيا
ثم يقتله بالحراب ونحو ذلك دليلنا قوله تعالى او يصلبوا
ولم يذكر فيه بعج البطن وقوله صلى الله عليه وسلم ردع
الغير والتغليظ في المنع لا يجوز ان يكون ردعا لانه
مع القتل الحاجة الى الردع والمنع فوجب ان يكون ردعا
لغيره والصلب بعد القتل ابلغ في ردع الغير فوجب
ان يكون بعد القتل وعلى ان ابي هريرة مسلم قتل
بحق فوجب ان يغسل ويصلى عليه كغير المحارب قالوا
الحبس بالصلب بعد القتل فلا يرتدع به كما لو مات حتف
انفه قبل ان يقتله الامام فانه لا يصلب قلنا القصد ردع
الغير واذا مات بغير سلم وان سلم فلان الصلب تابع
للقتل وصفة له وقد سقط القتل فسقط الصلب
فصل ينظر فان كان الزمان باردا او معتدلا
صلب بعد القتل على خشبة ثلاثا في موضع بينا هل

الناس حتى يسمع ويشتهر ويكون مستور العورة
ثم يحط ويغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن وان كان
الحر شديدا او خيف عليه التغير قبل الثلاث حط وغسل
وكفن وصلى عليه ودفن وقال ابو علي بن ابي هريرة يصلب
الى ان يسيل صديده ولا يحط وهذا خطأ لان في
ذلك تعطيل احكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة
عليه والدفن وذلك من فرائض الموتى فلم يجز ابطاله
وان مات قبل ان يقتل فهل يصلب فيه وجهان احدهما
وهو قول الشيخ ابي حامد الاسفرايني انه لا يصلب ونقل
ايضا عن الشافعي لان الصلب تابع للقتل وصفة له وقد
سقط القتل فسقط الصلب ويفارق اذا قتل لان
صلبه من تمام الحد الذي اقيم عليه في حال حياته والثاني
وهو قول القاضي ابو الطيب الطبري انه يصلب لانهما
حقان فاذا تعذر احدهما لم يسقط الاخر فصل
واذا قتل في المحاربة انسانا وقطع يده او جراحة قطع
وقتل وقال ابو حنيفة يسقط القطع دليلنا هو انه قصاص
يجب في غير المحاربة فوجب في المحاربة كالقصاص في النفس
ولانهما حقان يجبان بسببين مختلفين فلم يتداخلا كحد الزنا
والسرقة قالوا لو وجب لكان حقا لله تعالى وحقوق الله تعالى

يتداخل قلنا بل هو حق للادمي وان تأكد لحق الله تعالى كالعدة
ثم حقوق الله تعالى يتداخل اذا كانت جنسا واحدا والقطع
والقتل جنسان فهو كحد الزنا والسرقة وهكذا اذا جرح
واخذ المال وجب عليه القصاص في الجرح وقطع اليد
والرجل من خلاف وحكي عن ابي حنيفة انه قال يسقط حكم
الجرح دليلنا قوله تعالى والجروح قصاص ولانه قطع وجب
قصاصا فوجب ان لا يسقط لوجوب قطع المال كما لو
قطع وسرق في غير المحاربة فصل واذا وجب
عليه حدود كحد الزنا والقذف والسرقة مع القتل في
المحاربة لم يسقط وقال ابو حنيفة يسقط الا حد القذف
وقال احمد اذا سرق وشرب الخمر وزنا وهو بكر وقتل
في المحاربة او في غيرها قتل ولم يقطع ولم يجلد ولو قذف وقطع
وقتل قطع وجلد وقتل دليلنا هو انه حد فلم يسقط
بالقتل في المحاربة الى غير بدل كحد القذف وفيه احتراز
من القتل واخذ المال في المحاربة فان قطع اليد والرجل
يسقط مع وجوب القتل ويجب مع عدمه لان القتل
اذا وجب سقط القطع باخذ المال الى بدل وهو الصلب
قالوا الحد للردع فلا يحتاج اليه مع القتل قلنا يردع به
غيره ولانه يبطل بالصلب وبالحد بعد التوبة فانه لا يحتاج

الى الردع ويجب عند ابي حنيفة اقامة الحد عليه فصل
وان وجب عليهم هذه الحدود بعينها فهربوا لم يعزرهم الامام
في موضع بل لا يزال يطلبهم حتى يأخذهم ويقيم عليهم الحدود
وهو معنى النفي المذكور في الاية وقال ابو حنيفة معنى
النفي المذكور في الاية هو ان يخيف المسلم ولم يفعل غيره
ع فيحبس وقال مالك معناه اخراجهم من البلد الذي كانوا
فيه الى غيره وحبسهم فيه وقال احمد معناه ان يشردوا
فلا يتركون ان يأووا بلدا دليلنا قوله تعالى او ينفوا من
الارض وهذا راجع الى جميع المحاربين وايضا ما روى
ابو الحسن الدارقطني في كتابه عن عكرمة عن ابن عباس
قال نزلت هذه الاية في المحارب انما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله انه اذا قتلوا واخذوا المال قتل وصلب وان قتلوا ولم
يأخذوا المال قتلوا وان اخذوا المال قتلوا وصلبوا ولم يقتلوا قطع من
خلاف فان هربوا واعجزهم فذلك وهذا نص في مورد دينا
عن ابن عباس انه قال ونفيهم اذا هربوا ان يطلبوا حتى يؤخذوا
فيقام عليهم الحدود ولان الحبس لم يسم نفيا فان النفي هو
الابعاد والطرد والحبس هو الافراد والامساك وذلك ضد
النفي فان النافي ضد الممسك والممسك ضد النافي وهذا امر
لا اشكال فيه ولا شبهة فلم يجز حمل الاية عليه فان قيل هو يتضمن النفي

10
18

عن الارض التي كان يقطع فيها قلنا ان كان هذا نفيا
عنها فليس بنفي من موضع الحبس والظاهر يقتضي
نفيه من جميع الارض فان قيل نفيه من جميع
الارض لا يمكن قلنا بل هو ممكن لان الامام لا يزال
يأمر بطلبه في كل موضع من ارض الاسلام حتى يدخل
دار الحرب فان امكنه مكانه منها في طلبه فعل
حتى ينفى من ارض الشرك او يظفر به فيحمل الله ويقيم
الحد الواجب عليه فاذا كان كذلك كان هذا
النفي نفيا من جميع الارض ابدا فان قيل هذا نفي
عنهم باختيارهم وليس بنفي لهم من جهة الامام قلنا
بل هو نفي لهم فانهم اذا سعوا بطلب الامام كان ذلك
منسوبا اليه ولو كان على اختيارهم لما برحوا من
الارض التي هم فيها فسقط السؤال قالوا النفي
المذكور في القران انما امر الله تعالى به ليكف به شرهم
واذاهم عن الناس وهذا المعنى انما يحصل بالحبس فاما
النفي الى ارض اخرى فانه يحصل شرهم واذاهم ~~عن الناس~~
~~هذا المعنى انما يحصل بالحبس فاما النفي الى ارض اخرى~~
فانه يحصل شرهم على اهل تلك الارض وهذا الاخير تعلة
قلنا هذا انما يكون اذا نفيناهم من بلد الى بلد

ومن ارض الى ارض فاما اذا لم يعرفهم في ارض من ارض
الاسلام فلا يصح هذا الاستدلال قالوا اذا حمل النفي
على ما قلتم لم يكن في الاية حكم لم يقتل ولم ياخذ المال
واذا حملناه على الحبس كان بيانا لحكمه فكان
اولى قلنا هذا الاخذ عليه ومن لا يجب عليه الحد فالله لا
يجب بيانه وانما بيان من وجب عليه الحد ليقيمه الامام
عليه وانما وجب على هذا الحبس تعزيرا والتعزير في
الاذى قد عرف من غير هذا الموضع فلا يجب هاهنا بيانه
فصل ولا يجب ما ذكرناه من الحدود الا على من
باشر القتل او اخذ المال فاما من حضر فكثر وهيب
بالصياح والجلبة او كان ردءا لهم اي عونا او طليعة
او عينا اي جاسوسا فلا يلزمه الحد وقال مالك وابو
حنيفة واحمد يجب على الردء ما يجب على المباشر دليلنا
قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى
ثلاث كفر بعد ايمان او زنا بعد احصان او
قتل نفس بغير نفس وما روى عبد الله بن مسعود ان
النبي عليه السلام قال والذي لا اله غيره لا يحل دم امرئ
مسلم الا باحدى ثلاث خصال الثيب الزاني ورجل
قتل فاقيد والتارك للجماعة والمفارق للاسلام

وفي بعضها التارك لدينه المفارق للجماعة فان قيل
روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا يحل قتل مسلم الا في ثلاث خصال
زان محصن فيرجم ورجل يقتل متعمدا فيقتل به ورجل
يخرج من الاسلام فيحارب الله ورسوله فيقتل
او يصلب او ينفى من الارض وهذا يدل على ان المحارب
يقتل ويصلب ولم يشترط ان يقتل ويأخذ المال
قلنا رواه ابن طهمان وقد قال محمد بن يحيى لا يحتج
بحديثه ولانه حد يجب بمعصية فوجب على المباشر
دون الردء كسائر الحدود ولان من لم ياخذ المال لم
يجب عليه القطع كما لو دخل احدهما الحرز ووقف
الاخر خارج الحرز ولان السبب والمباشرة اجتمعا
والسبب غير ملجئ فتعلق الضمان بالمباشرة ولم يتعلق
بالسبب كالقاتل والممسك والحافر والدافع قالوا الحكم
يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الردء والمباشر كالغنيمة
قلنا لا يتعلق بالمحاربة بل يتعلق بالقتل والاخذ ولان
الغنيمة يشارك فيها من لم يحضر وهم اهل الخمس والمدد
عندهم ولان استحقاق الغنيمة علق على الحضور وهاهنا
علق الحكم على القتل فاختص بها القاتل كالسلب ولان

الغنيمة بشريف ونعمه وهذا تشكيل ونعم فلم يعتبر
احدهما بالاخر قالوا لم يفعل المباشر ذلك الا بظهر
الردء قلنا الغاصب لم يغصب الا بظهر الاعوان ثم
يختص بالضمان والداخل الى الحرز لم ياخذ المال الا
بظهر الواقف خارج الحرز ثم لا يشاركه في الحد
فصل ويعزر على الوجه الذي مضى في اول
الباب لانه اعان على معصية فيعزر عليها وان قتل
بعضهم واخذ بعضهم المال وجب على من قتل القتل
وعلى من اخذ المال القطع لان كل واحد منهم انفرد
بسبب حد فاختص بحده فصل واذا
قطع يد رجل في غير المحاربة ثم قتله في المحاربة كان وليه
بالخيار ان شاء استوفى القطع ثم قتل وان شاء عفى عن
القطع واخذ ديه اليد ويقتل في المحاربة وان قطع يده
في المحاربة ثم قتله في المحاربة فان قلنا ان ما دون النفس
لا يتحتم فالحكم فيها كالحكم في المسئلة قبلها وان قلنا يتحتم
وجب قطعه وقتله سوى عفى الولي عن القطع او لم
يعفو لان العفو لا يصح من الولي على هذا فكان وجوده
كعدمه فصل واذا قطع قاطع الطريق اليد
اليسرى في المحاربة من رجل واخذ المال فان قلنا لا يتحتم القطع

واختار الولي العفو عن اليد اخذ ديه لليد اليسرى وقطعت
يده اليمنى ورجله اليسرى في المحاربة وان لم يختر العفو
او قلنا يتحتم القطع قدم القصاص لتقدم اخذ المال
على قطع اليسرى او تاخر لان حق الادمي اكد فاذا
اندمل موضع القصاص في اليد اليسرى قطعت اليد
اليمنى والرجل اليسرى لاخذ المال ولا يوالي بين قطع
اليد اليسرى وبين قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى
بل يترك ذلك حتى يندمل اليد اليسرى ثم يقطع اليمنى
والرجل اليسرى لانهما عقوبتان مختلفتان فلا يجوز
الموالاة بينهما وان قطع اليد اليمنى واخذ المال فان عفى
ان قلنا يجوز له العفو استحق ديه اليد وقطعت يده اليمنى
ورجله اليسرى حدا وان اقتص في اليمنى سقط
قطعها في المحاربة وقطعت رجله اليسرى حدا كما
لو لم يكن له يد يمنى وان قطع اليد اليمنى والرجل
اليسرى واخذ المال وقلنا ان القصاص لا يتحتم واختار
العفو اخذ ديه اليد اليمنى والرجل اليسرى وقطعتا
في الحد وان لم يختر العفو او قلنا ان القصاص يتحتم
نظرت فان تقدم اخذ المال سقط القطع الواجب
بسببه اي بسبب اخذ المال لانه يجب لتقدم القصاص

عليه لما كان حق الادمي زال ما تعلق به الوجوب اخذ المال
فسقط وان تعلقت الجناية لم تسقط الحد اخذ المال فقطع
اليد اليمنى والرجل اليسرى قصاصا وحسمت وترك حتى
برى منه ثم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى حدا لانه
استحق بالجناية قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى فيقتصر
لكن اخذ المال وليس له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى
فتعلق الحد باليد اليسرى والرجل اليمنى **فصل**
وان تاب قاطع الطريق بعد قدرة الامام عليه لم تسقط
عنه شي مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله تعالى الا الذين
تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم
فشرط في العفو عنهم ان تكون التوبة قبل القدرة عليهم
فدل على انهم اذا تابوا بعد القدرة عليهم لم تسقط عليهم
ولان الظاهر من امره انه تاب تقية فلم تسقط عنه
شي بذلك فعلى هذا ان عفى ولي الدم عن القصاص لم يبح
بل تحتم قتله او قطعه اذا قلنا ان القطع متحتم لعموم الاية
في المحاربة وهي خطاب للامة على وجه الانحتام ولانه
حق لله تعالى فلم يدخله العفو كحد الزنا والسرقة
فصل وان تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه
بان ثبتت توبته عند الامام سقط عنه ما تختص بالمحاربة

وهو الانحتام القتل والصلب وقطع الرجل للاية فيكون
الامر في القتل الى ولي الدم فان شا اقتص وان شا عفى
وهل تسقط قطع اليد فيه طريقان احدهما وهو قول ابي
علي بن ابي هريرة انه يسقط قولا واحدا وبه قال مالك
واحمد لانه قطع عضو وجب باخذ المال في المحاربة فسقط
بالتوبة قبل القدرة عليه كقطع الرجل والثاني وهو قول ابي
اسحق المروزي انه على قولين لانه لا يختص بالمحاربة فانه يجب بالسرقة
فكان في سقوطه بالتوبة قبل القدرة عليه قولان كالقطع
في السرقة **فصل** واما ما لا يختص بالمحاربة من الحقوق
ينظر فيها فان كانت للادمي وهو القصاص وحد القذف
والاموال فلا تسقط بالتوبة ومن قال تسقط فقد اخطا
لانه لا مدخل للتوبة في اسقاط شي من ذلك لان التوبة فيما بين
العبد وبين الله تعالى لا حظ للادمي فيها فلم تسقط بالتوبة
وان كانت لله تعالى وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب
الخمر ففيه قولان احدهما انه لا تسقط بالتوبة وبه قال مالك وابو
حنيفة والثاني انه تسقط بالتوبة وهو الصحيح وبه قال احمد
والدليل عليه قوله تعالى في حد الزنا فان تابا واصلحا فاعرضوا
عنهما ان الله كان توابا رحيما ولا يقال هذه الاية منسوخة
لان المنسوخ منه هو الحد وسقوطه بالتوبة غير منسوخ وليس

وليس اذا نسخ حكم وجب ان ينسخ غيره كما ان الحج لم ينسخ القبلة
ان ينسخ سائر شرائط الصلاة وايضا قوله تعالى في السرقة
فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور
رحيم وقول النبي عليه السلام التوبة تجب اي تقطع ما قبلها ولانه
حد خالص لله تعالى وفيه احتراز من حد القذف فيسقط بالتوبة
كحد قاطع الطريق وقتل المرتد ولان الحد يراد للزجر والتنكيل
والتائب ليس من اهل ذلك فان قيل هذا ينتقض به اذا
تابوا بعد قدرة الامام عليهم فان الحد لا يسقط عنهم قولا واحدا
قلنا لان التوبة غير محكوم بصحتها بعد قدرة الامام عليهم لجواز
ان يكونوا اظهروها للتقية من الامام والخوف من عقوبته
فان قيل هذا المعنى موجود في توبة الزاني والسارق والشارب
فانه يحتمل ان يكون اظهرها خوفا وتقية من عقوبة الامام
قلنا الحكم بصحة توبتها ولا اذا اظهروا التوبة بعد علم
الامام بحدهم وثبوته عنده وانما الحكم بصحة توبتهم اذا تابوا
واصلحوا وهو ان ياتي على توبتهم زمان يعلمون فيه بالصلاح بحيث
يغلب على ظن الامام منه ان التوبة صحيحة وليست تقية منهم
فاذا علم بما اصابوا من الحدود بعد هذه التوبة وجب اسقاطها
فان قيل فقولوا مثل هذا في توبة قاطع الطريق وهو ان توبتهم لا
تصح حتى يمضي زمان يعرف فيه الصلاح وصحة التوبة قلنا لا نعتبر

في توبة قطاع الطريق مضي الزمان وانما نعتبر اظهار التوبة
فقط والفرق بينهما ان الله تعالى قال فيهم الا الذين تابوا من
قبل ان تقدروا عليهم فان الله غفور رحيم وقال في السارق
والسارقة فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه
ان الله غفور رحيم وقال في حد الزنا فان تابا واصلحا فاعرضوا
عنهما ان الله كان توابا رحيما فاشترط التوبة والاصلاح
في غير قطاع الطريق ولم يشترط في قطاع الطريق الا التوبة
فقط ولان قطاع الطريق خارجون عن قبضة الامام فاذا
تابوا كان الظاهر ان التوبة صحيحة لانه لا يد للامام عليهم
فيخافوا منه وليس كذلك توبتهم بعد قدرة الامام عليهم
لانهم في قبضته فيكون الظاهر من التوبة انها للتقية فان
قيل اذا زنا قاطع الطريق او سرق او شرب ثم تاب
قبل ان يقدر عليه الامام وجب ان يسقط هذه الحدود قيل
له هكذا نقول ولا فرق بين حد المحاربة وبين حد الزنا والشرب
والسرقة في ذلك فان قيل اذا اسلم المرتد وجب ان لا يقبل
اسلامه لجواز ان يكون ذلك اظهره للتقية قلنا لان الله تعالى
امر بقبول الاسلام ونهى عن رده بالتهمة بقوله تعالى ولا تقولوا
لمن القى اليكم السلام لست مومنا وقال النبي عليه السلام امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا

منع دماءهم واموالهم الا بحقها ولان الله تعالى جعل ايمان المنافقين
جنة وامر بقبول ذلك منهم مع اخباره تعالى انهم اتخذوه جنة
واما التوبة فانه شرط فيها الاصلاح فقال فمن تاب من
بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه واحتجوا بقوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولم يفرق قلنا اية
السرقة تعارضه وهو قوله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه واصلح
قالوا حد لا يتعلق بالمحاربة ولا يستدل الدين فاشبه القذف
قلنا ذاك يجب لحق الادمي وهذا يجب لله تعالى وان ذلك لا
يسقط بالرجوع عن الاقرار فلم يسقط بترك الاقرار وهذا
يسقط فافترقا وهكذا اذا ارتكب غير المحارب ما يوجب
هذه الحدود من الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر ثم تاب
واصلح ثم علم الامام به فقولان احدهما لا يسقط عنه شيء
منها بل يقام عليه والثاني يسقط وتوجيههما ما ذكرنا في المحارب

فصل فان قلنا انها تسقط بطريق فان كانت وجبت
في غير المحاربة لم يسقط بالتوبة حتى يقترن بها الاصلاح في زمان
يوثق بتوبته فيه لقوله تعالى فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ولقوله
تعالى فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه فعلق العفو
بالتوبة والاصلاح ولانه قد يظهر التوبة للتقية فلا نعلم صحتها
حتى يقترن بها الاصلاح في زمان يوثق فيه بتوبته وقال

15

28

اصحابنا المدة سنة لما ياتي بيانه في موضعه وان وجبت عليه الحدود
في المحاربة سقطت باظهار التوبة والدخول في الطاعة لانه خارج
من يد الامام ممتنع عليه فاذا اظهر توبته احتمل توبته على التقية

باب حد الخمر

كل شراب اسكر كثيره حرم قليله وكثيره والدليل
عليه قوله تعالى انما الخمر الاية وهي ما خامر العقل والميسر اي
القمار كله والانصاب وهي حجارة كانوا يعبدونها في الجاهلية
وقيل لها انصاب لانها كانت تنصب للعبادة لها والازلام
اي القداح التي كانوا يستقسمون بها رجس من عمل الشيطان
الرجس هو الشيء المستقذر يقال رجس الرجل يرجس ورجس
يرجس اذا عمل عملا قبيحا فسمى الله تعالى هذه الاشياء رجسا
واعلم ان الشيطان يسول ذلك لبني ادم فاجتنبوه اي فاتركوه
لعلكم تفلحون اي تفوزون انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة
والبغضاء في الخمر والميسر روي ان عمر رضي الله عنه قال اللهم
بين لنا في الخمر بيانا شافيا بعد ما نزل يا ايها الذين امنوا لا تقربوا
الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون فنزلت هذه الاية
ويصدكم عن ذكر الله اي عن التسبيح والتهليل ونحوهما وعن الصلاة
المفروضة عليكم فهل انتم منتهون اي تاركون لما نهيتم عنه والاشياء
التي جرى ذكرها واللفظ لفظ استفهام ومعناه الامر اي

ي

انتهوا ومثله فهل انتم مسلمون اي اسلموا ومما ان الدلالة
من ذلك ان الله تعالى ذكر الخمر مع ما ذكر معها فانه
رجس كما وصف لحم الخنزير بذلك في قوله تعالى ولحم الخنزير
فانه رجس ولحم الخنزير محرم بلا خلاف فكذلك الخمر ثم اخبر
انه من عمل الشيطان وانه يسول ذلك لبني ادم وعمل
الشيطان وتسويله محرم فانه لا يدعو الى خير بلا خلاف
وامر باجتنابه امرا مقطوعا به بقوله فاجتنبوه كما امر
باجتناب الرجس من الاوثان في قوله واجتنبوا قول الزور
ولا خلاف في تحريم الزور وان الامر باجتنابه على الوجوب
ثم قال الله تعالى لعلكم تفلحون والمراد اذا اجتنبتم ذلك افلحتم
وان لم تجتنبوها لم تفلحوا وضد الفلاح الفساد والله لا
يحب الفساد ثم ذكر تعالى ما يريد الشيطان بسبب
شرب الخمر وما في سببها من المضار بالقاء العداوة والبغضاء
وهو اشارة الى ما يجري عليها من الشتم والضرب والجرح
والقتل الذي يحصل منه العداوات واراقة الدماء
ونهب الاموال واتلاف النفوس وهذا مشاهد في شربة
الخمر على ممر الاوقات وتتابع الساعات ثم اخبر انه
يصد عن ذكر الله تعالى الذي هو عماد الدين وسلاح الموحدين
وصفاه المجتهدين والمتعبدين وبه تكفر السيئات وترفع

الدرجات وقال تعالى فاذكروني اذكركم وما صد عن مثل هذه
الفضائل ففعله من اعظم الجرائم وبعده من اكبر الغنائم
ثم اخبر تعالى بما يصد عن الصلاة التي هي عماد الدين والفرق
بين الكفار والموحدين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بين العبد
والكفر ترك الصلاة من تركها فقد كفر ولهذا قال صلى الله عليه
وسلم ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن وليس على المؤمن
اضر مما ينزع منه الايمان بنفسه ولا اخرجه من حيز المسلمين
بترك الصلاة الى حيز الكفار فكان اجتناب ذلك واجبا عليه
كاجتناب ما خالف الاسلام ثم زجر تعالى عنهما بابلغ الزجر
فقال فهل انتم مسلمون فكان الواجب على كل من علم انه عبد
الله تعالى وانه قادر على ضره ونفعه ان يجتنب ما امره باجتنابه
وايضا قوله تعالى يسالونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير
والاثم محرم بالاجماع لقوله تعالى انما حرم ربي الفواحش ما ظهر
منها وما بطن والاثم والبغي بغير الحق فدل على وجوب اجتنابها
والمنع منها وقد قيل ان الاثم اسم للخمر ومن السنة ما روى
عبد الله بن عمر ان النبي عليه السلام قال لعن الله الخمر وشاربها
وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها
والمحمولة اليه وروى عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي عليه السلام
قال الخمر ام الخبائث وعن ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان الله تعالى بعثني رحمة وهدى للعالمين امرني ان امحق المزامير
والمعازف والخمور والاوثان التي كانت تعبد في الجاهلية
واقسم ربي تبارك وتعالى بعزته لا يشرب عبد الخمر
في الدنيا الا اسقيته من حميم جهنم وعن عبد الله بن عمرو
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وضع في
كفه الخمر لم تقبل له دعوة ومن شربها لم تقبل له صلاة
اربعين صباحا ومن ادمن عليها سقاه الله من طينة
الخبال قيل وما طينة الخبال يا رسول الله قال عصارة
اهل النار وصديدهم وعن ابي الدردا ان النبي عليه السلام
قال لا يدخل الجنة عاق ولا منان ولا مدمن خمر ولا مكذب
بقدر وعن ابي موسى ان النبي عليه السلام قال ثلاثة لا يدخلون
الجنة مدمن خمر وعاق لوالديه وقاطع الرحم وعن ابي
سعيد الخدري ان النبي عليه السلام قال لا يقبل الله تعالى لشارب
الخمر صلاة ما دام في جسده منها شي وعن النبي عليه السلام انه
قال من لقي الله تعالى وهو مدمن خمر لقيه كعابد وثن وعن
بريدة ان النبي عليه السلام قال من حبس العنب زمن القطاف
حتى يبيعه من يهودي او نصراني او ممن يتخذه خمرا فقد تقحم
على النار على بصيرة وعن ابن عباس ان النبي عليه السلام
قال لا يخرج شارب الخمر من الدنيا حتى ينضح الملك وجهه

بحميم جهنم وهو اجماع الامة وانما حكي عن قدامة بن مظعون وعمرو
بن معدي كرب انهما قالا هي حلال لقوله تعالى ليس على الذين
امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا فلما اخبرهما الصحابة
بتحريمها رجعا عن ذلك وتواتر النقل واستفاض عن النبي عليه
السلام بتحريمها فمن استحلها الان فقد كذب النبي عليه السلام ويحكم
بكفره لانه قد علم ضرورة من جهة النقل تحريم النبي عليه السلام
اياها وكانت مباحة في ابتدا الاسلام ثم حرمها الله تعالى
بما ذكرناه وهل كانت مباحة استصحابا بالحكم الجاهلية
او مباحة بالشرع فيه وجهان احدهما انها كانت مباحة
استصحابا بالحكم الجاهلية والثاني انها كانت مباحة بشرع
ورد فيها وهو قوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون
منه سكرا ورزقا حسنا **فصل** والخمر المجمع على تحريمها
هي عصير العنب الذي اذا اشتد وبلغ الاسكار وما عدا
ذلك من الاشربة المسكرة كعصير العنب اذا مسته الطبخ والمتخذ
من التمر اذا اشتد والزبيب ونحوهما سوا مسته الطبخ او لم
تمسه يقع عليه اسم الخمر ايضا وكثيره وقليله حرام ويجب
الحد على من شربه سكر او لم يسكر ومن اصحابنا من قال
لا يقع عليه اسم الخمر وانما هو يشبه الخمر محرمه بالقران والنبيذ
محرم بالسنة قليله وكثيره كالخمر كما ان لحم الخنزير والدم والميتة

محرمه بالقران وكل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير
محرم بالسنه وروي تحريم هذه الاشربه عن عمر وعلي
وابن مسعود وابن عمر وابي هريره وسعد بن ابي وقاص
وبه قال مالك والاوزاعي واحمد واسحق وقال ابو حنيفه
الاشربه على اربعه اضرب احدها الخمر وهو عصير العنب
اذا اشتد وقذف بزبده تحرم قليله وكثيره ويجب
الحد بشربه ولم يشترط ابو يوسف ومحمد ان يقذف بزبده
وقالا اذا اشتد وعلى كان خمرا والثاني المطبوخ وعصير
العنب اذا ذهب اقل من ثلثيه فهو حرام ايضا وان ذهب
ثلثاه فهو حلال الا ما اسكر منه وان طبخ عنبا فعنه روايتان
احدهما يجري مجرى عصيره والمشهور عنه انه حلال وان
لم يذهب ثلثاه بالطبخ والثالث نقيع التمر والزبيب اذا
اشتد يكون حراما عنده واذا طبخ حتى اشتد كانا
حلالين الا المسكر منهما ولا يعتبر ان يذهب ثلثاهما
والرابع نبيذ الحنطه والذره والشعير والارز والعسل ونحو
ذلك فانه حلال عنده سوا كان نقيعا او مطبوخا ولا
حد فيه عنده اسكر او لم يسكر وان كان المسكر منه
محرما عنده فصل والدليل على ان اسم الخمر يقع على
كل مسكر ما روى عبد الله بن عمر ان النبي عليه السلام قال كل

مسكر خمر وكل خمر حرام واخرجه مسلم فان قيل انما اراد مثل الخمر
في التحريم في الاشربه التي تحدث الاسكار فانها تحرم وفيها الحد
فيكون ذلك مثل الخمر في التحريم ووجوب الحد وحذف المضاف
اليه كقوله تعالى وجنه عرضها السموات والارض واراد مثل
السموات والدليل عليه انه بعث ليعلم الاحكام لا ليعلم الاسما
قلنا هذا مجاز واللفظ يجب حمله على الحقيقه ولا يجوز حمله
على المجاز الا بدليل وليس ها هنا دليل يوجب صرف اللفظ عن
حقيقته فوجب حمله على حقيقته وان كل مسكر خمر حقيقه
وانه اخبر ان الجميع خمر ولم يخص الاشربه التي يحدث منها الاسكار
وقولكم لا ليعلم الاسما لا يصح لانه قد يعلم الاسما لمن لا يعلم كما قال ابو
موسى سالت النبي عليه السلام عن شراب في العسل فقال ذاك هو
البتع بكسر البا ساقطه وتسكين التا وفتحها ايضا والعين بلا نقط
وهو نبيذ العسل وعن شراب الشعير والذره فقال ذاك المزر
ثم قال له اخبر قومك ان كل مسكر حرام وروى ابو مالك الاشجعي
ان النبي عليه السلام قال ليشربن ناس من امتي الخمر يسمونها بغير
اسمها وان الخمر سميت خمرا لانها تستر العقل من قولهم فلان
خمر في خمار الناس اذا استتر بهم ولهذا خطب عمر فقال ايها
الناس نزل تحريم الخمر وهي من خمسه من العنب والعسل والتمر
والحنطه والشعير والخمر ما خامر العقل قالوا روى ابو سعيد

الخدري ان النبي عليه السلام اتي برجل فقال له اشربت خمرا فقال
والله ما شربتها منذ حرمها الله ورسوله قالوا فماذا شربت
قال انما شربت زبيبا وتمرا وفي بعضها قال الخليطين فنفى اسم
الخمر عن الخليطين فنفى اسم الخمر عن الخليطين ولم ينكره النبي
عليه السلام ولو كان خمرا لانكره وما اقره على نفي هذا
الاسم عليه قلنا هذا الحديث لا نعرف في شي من اصول
الفقه اصحاب الحديث ولا كتب الاشربة ولا يجوز
ترك الاحاديث الصحيحة عن النبي عليه السلام لذلك ولانه
ليس في هذا الخبر جواب النبي عليه السلام عما قاله فيحتمل
ان يكون قد قال له كل مسكر خمر كما رواه عبد الله
بن عمر عن النبي عليه السلام فان قيل لو قال له ذلك
لنقل قلنا المخالف لم ينقل الخبر الى اخره ولو نقله لكان له
ذلك ولانه يجوز ان يكون الراوي ترك نقله لشهرته
وتكرر البيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه
فدل على ما قلناه قالوا روي عن ابن عمر قال حرمت الخمر
وما بالمدينة منها شي قلنا انما ذكر ذلك انكارا على من قال
لا يكون الخمر الا من عصير العنب كما قاله المخالف
وابطالا لقوله فكانه قال حرمت الخمر وما بالمدينة من خمر
العنب شي فدل على ان اسم الخمر يقع على غيره ولان ما

36

كان لهم بالمدينة يشربونه يسمى خمرا فان الله تعالى امرهم
باجتنابه والانتهاء عنه ولا امرهم بالاجتناب والانتهاء
الا انهم يشربونه وهذا دليل واضح ثم نعارضه بما روي عن
انس قال كنت اسقي ابا عبيدة وابا طلحة وابي بن كعب
وسهيل بن بيضا شرابا من هذا الفضيخ بفتح الفا وكسر
الضاد المنقوطة والخا المنقوطة وهو شراب يتخذ من البسر
من غير ان تمسه النار فاتاهم ات فقال ان الخمر قد حرمت
فقال لي ابو طلحة قم الى هذه الجرار فاكسرها قالوا الا يقال
خل الخمر لما يتخذ من البسر قلنا نعارضه انا اتفقنا على ان
من شرب النبيذ وصدع راسه يقال له هو مخمور ويقال به
خمار ولا يقال هو منبوذ فصل والدليل على تحريم
ذلك كله ما روى سعد بن زيد ان النبي عليه السلام قال
انهاكم عن قليل ما اسكر كثيره وروت عائشة قالت
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الفرق يسكر الراني
الاشهد وهو مكيال بالمدينة يسع ستة عشر رطلا منه فملؤ
الكف منه حرام وعن ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال
اجتنبوا كل مسكر وعن ابن عباس ان النبي عليه السلام قال
كل مسكر حرام فان قيل المسكر ما يعقبه السكر قلنا اذا
كان الجنس مسكرا وصف الجميع بكونه مسكرا كالخبز يوصف

بانه مشبع والما يوصف بانه مروي ولان القليل يسكر
المحرور والصبي فوجب ان يحرم ولان حديث عايشه
لا يحتمل ذلك فان قيل المراد به اذا قصد السكر قلنا لم
نفرق ولانه شراب يدعوا كثيره الى الفجور فحرم قليله كالخمر
او ما حرم نيه حرم مطبوخه كالخنزير ولان الخمر معلله
بالشده المطربه والدليل عليه قوله تعالى انما يريد الشيطان
ان يوقع بينكم العداوه والبغضا في الخمر والميسر الايه ولانه
اذا حدثت الشده في العصير حرم واذا زالت حل
ولو قدرنا عود الشده قدرنا عود التحريم فدل على انه هو
العله فان قيل انما حرم لاسم الخمر فحل لزوال الاسم
قيل لو كان لزوال الاسم لوجب اذا طبخ ادنى طبخ ان يحل لان
الاسم قد زال فان احتجوا بقوله تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا قلنا قد قيل السكر هو الطعم
من الدبس والزبيب والتمر وغير ذلك مما يتخذ من النخل
والكرم روي ذلك عن ابي عبيده وذكره الزجاج في معانيه
ولان هذه الايه في سورة النحل وسورة النحل مكيه وايه تحريم
الخمر مدنيه فكانت منسوخه بالتحريم فان احتجوا بما روي
ابن اس عباس ان النبي عليه السلام قال حرمت الخمر بعينها
قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب قلنا هذا يرويه عبد الله

38 37 20

بن شداد بن الهاد عن ابن عباس موقوفا عليه وهو
غير صحيح عنه فان ابن شداد لم يبلغه قال ابو القاسم اللالكاي
اسند بعض الاشقيا هذا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكذب والكذاب عليه متواعد بالنار ولو صح احتمل انه
اراد حرمت الخمر باسمها وحرمت ساير الاشربه بانه يسكر
ولهذا قال والسكر من كل شراب فان احتجوا بما روى
ابو مسعود البدري ان النبي عليه السلام عطش وهو
يطوف بالبيت فاتي بنبيذ من نبيذ السقايه فلما
شمه قطب بفتح القاف وتشديد الطاي عبس
وجهه فقال رجل احرام هو فقال لا علي بذنوب من
ماء زمزم فصبه عليه ثم شرب وروى ابن عمر قال رايت
رسول الله صلى الله عليه وسلم عند هذا الركن فاتاه
رجل بقدح فيه نبيذ فرفعه الى فيه فقطب ما بين
عينيه ورده فقال يا رسول الله احرام هو فقال لا ثم قال
انظروا هذه الاشربه اذا اغتلمت بالغش المنقوطه
والتا سعطتن عليكم فاقطعوا متونها بالما قلنا حديث
ابي مسعود ليس بصحيح لانه رواه يحيى بن يمان عن سفيان
الثوري وتفرد به يحيى ابن يمان ولم يتابعه احد
من اصحاب سفيان الثوري ويدل عليه انه ليس بصحيح ما روي

ابو داود عن سفيان الثوري انه سئل عن الداذي
فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستحلن امتي
الخمر باسم يسمونها به وقال سفيان الداذي شراب
الفاسقين فدل على مذهب سفيان تحريم النبيذ ولان
سيد السقاية كان يبيع الزبيب عن مطبوخ فانه لم يكن
من عادتهم طبخ النبيذ والنقيع اذا بلغ حد الاسكار
كان حراما بالاتفاق فلم يكن لهم فيه تعلق ولانه ليس
معهم فيه اكثر من شمه وتقطيبه وهذا قد يكون
لحموضته او لتغير رائحته دون اسكاره كما روى ابو
داود في سننه عن عبد الله بن الديلمي عن ابيه انه
قال زببوها قلنا ما نصنع بالزبيب قال انبذوه اي
القوه في الماء على عشائكم واشربوه على غدائكم
وانبذوه على غدائكم واشربوه في الشنان اي في
الظروف من الجلد ولا تنبذوه في القلل فانه اذا
تاخر عن عصيره صار خلا وهذا يدل على ان التقطيب
كان لحموضته وتخلله ثم الجواب عن الاخبار الصحيحة
مثل هذا الخبر المطعون فيه المتروك مع ما ذكرنا
مع احتمال التغير وحديث ابن عمر لا يصح لان رواية عبد
الملك بن اخي القعقاع وهو ضعيف ولان معنى قوله اذا

اذا اغتلم اي حمض او اذا انعرق ولم تصر مسكرا
يدل عليه قوله عليه السلام لوفد عبد القيس اذا اشتد
عليكم فاكسروه بالماء فان اعياكم فاهريقوه ويدل
عليه ما روى محمد بن سيرين قال سمعت عبد الله بن
عمر يقول لرجل انهاك عن المسكر قليله وكثيره واشهد
الله عليك فدل على ان المراد بروايته ما ذكرنا ولان
هذا اذا كان نيا عن مطبوخ فلا حجة له فيه واحتجوا بما
روى ابن بريدة عن ابيه ان النبي عليه السلام قال
الظروف لا تحرم شيئا فاشربوا ولا تسكروا قلنا
تفرد بروايته ابو الاحوص وقال اصحاب الحديث انه
خطا منه والصواب ما رواه الثقات ان الظروف
لا تحرم شيئا فاشربوا في كل وعاء وروي في الاسقية
كلها ولا تشربوا مسكرا رواه مسلم في صحيحه وسائر
ائمة الحديث فلم يكن فيه حجة قالوا روى ابن عباس
قال كان ينبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم الزبيب فيشربه
اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالث ثم يامر به
فيسقى الخدم ويهراق ولو كان حراما لم يسق منه الخدم
لان ما لا يحل شربه لا يحل سقيه قلنا لم يكن مسكرا
فان في هذا القدر لا يسكر وانما امر ان يسقى للخدم اذا

نقصت حلاوته ولهذا امر باراقته بعد ذلك خوفا من ان
تشتد ولان ذلك كان نقيعا والخل مسكر النقيع
بالاتفاق فدل على انه لم يكن مسكرا قالوا وروى عن ابن
مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت
تحليله فحفظت ونسيتم قلنا اراد بذلك سد الظروف الجر(?)
لاجل الظروف وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم ان
ينبذ فيما صنع من المدر كالجرة وغيرها وفي الدبا وهو
الوعا من القرع والحنتم وهو شراب كانوا يتخذونه
في جرار خضر وقيل حمر والمزفت وهي اوعيه كانوا
يشدون فيها ويطلونها بالزفت ليسرع ادراك شرابهم
والنقير فان اهل اليمامة كانوا ينقرون اسفل النخلة ويشدون
فيها التمر او الرطب وهو النقير ثم نسخ ذلك واباح ان
ينبذ في كل ظرف ويشرب وهو طو(?) عن مسكر ولا متغير
على عادتهم لقوله صلى الله عليه وسلم ان الظروف لا تحرم
شيئا فاشربوا في كل وعا ولا تشربوا مسكرا فسقط
احتجاجهم به قالوا وروى عن عمر انه قال انا نشرب هذا
النبيذ الشديد لنقطع لحوم هذه الابل في بطوننا
قلنا اراد بالشديد الحلو وكيف نظن بامير المومنين
عمر انه كان يشرب المسكر وهو القايل على منبر رسول الله

40

صلى الله عليه وسلم الخمر ما خامر العقل ومنع اهل الشام من
شرب المسكر وقال لهم اشربوا العسل فقالوا انه لا يصلحنا
الا ان وافقهم على ان يطبخوا اما الاسكر اي عصير
العنب وهو ان يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه وهو الدبس
وقوله لنقطع لحوم الابل في بطوننا فالحلاوه تقطع اللحم
وتهضمه وهذا معروف بين الناس ولان العرب لم تكن
تعرف الطبخ وانما كانوا بعد تحريم المسكر يستعذبون
الما بما يلقون فيه من التمر والزبيب حتى يطيب شربه
الا انه لم يكن ما وصفه عن(?) يدل عليه ما يعلم بيانه في
نقل النبي عليه السلام فيه وامره به على الوجه الذي ذكرناه
وهذا ليس مما اختلف فيه فلم يكن في شي مما يروونه
حجه وقد سيل ابن عمر عن النبيذ الذي كان يشربه
فقال كان شديد الحلاوه فدل على انه الما المنبوذ
فيه الزبيب او التمر ليحلو الا ما ذكروه قالوا وقال ابن
عباس ان اسكر كل عشره فاشرب تسعه وان اسكر كل
تسعه فاشرب ثمانيه ولا تسكر قلنا رواه الكلبي عن ابي
صالح عن ابن عباس والكلبي كذاب متروك الحديث غال
في التشنيع ولم يسمع من ابي صالح وقد اعترف ابو صالح
بانه ما رواه عن ابن عباس ولم يسمعه منه وقد روي عن عمر

عن ابن عباس انه قال ما اسكر كثيره فقليله حرام منهم عطا
وطاوس ومجاهد وهذه الرواية الصحيح فوجب تعليمها قالوا
لو كانت هذه الاشربة محرمة لكان بيانها اولى من بيان الخمر
فان النبيذ كان عندهم والخمر لم يكن عندهم بالمدينة وانما
كانت تحمل اليهم من الشام وبابل ونحوهما قلنا الاشربة و
جملة الخمر لما مضى قد دخل في تحريمها ولان نبيع التمر ايضا كان
عندهم ولم يبين كما بين الخمر ولانه يبطل بالنقل في تخليد
الكفار في النار فانه اظهر من النقل في تخليد فاسق الملة وكانت
حاجتهم الى معرفة تخليد فاسق الملة كما احتاجوا في اباحة شرب
هذه الاشربة فكل جواب لهم عن هذا فهو جوابنا عما الزمونا
قالوا الاشربة كلها كانت حلالا فلما ورد الشرع بتحريم
الخمر حرمناه ولم يرد في تحريم النبيذ فبقيناه على اصل
الاباحة قلنا هذا لا يصح فان الشرع قد ورد بتحريم الخمر وذلك
يعم جميع الاشربة التي فيها الاسكار ومخامرة العقل وقد
دللنا على ذلك فاغنى عن الاعادة ولان الشرع قد ورد بتحريم
النبيذ لانه مسكر وقد بينا ما ورد في تحريم جنس كل مسكر
من الاخبار فان قالوا ليس ذلك متواترا وانما هو من طريق
الاحاد قلنا لا نفتقر ثبوته الى التواتر ويكفي فيه خبر واحد
صحيح وفيه اخبار احاد كثيرة يجب المصير اليها والعمل بها وان ادعى

مدع انها تواتر من طريق المعنى جاز لانها ترد على ما نقوله
من الاخبار المروية في اثبات الاجماع واثبات خبر الواحد
والقياس فان قالوا الخبر النسخ باخبار الاحاد في تحريم النبيذ
نسخ ما ثبت من اباحته قلنا ان قلنا انها تواتر من طريق
المعنى صح النسخ وان قلنا الا انه خبر الواحد بطل ما قالوه
باتفاقنا على تحريم نكاح المتعة وتحريم الكلام الذي يتعلق به
اصلاح الصلاة فان فيهما اخبار احاد وقد اثبت المخالف تحريمهما
ونقلهما عن الاصل بمثل ذلك فكل جواب له عن ذلك فهو جوابنا
في تحريم النبيذ وقد قيل فيه انها الخبر ترك ما هو مستقر بخبر
الواحد اذا كان قد ثبت استقراره بالشرع اما اذا كانت
الاباحة بحكم ما قبل الشرع فيجوز ان يعدل عنه بخبر الواحد مثل
الكلام في الصلاة قالوا اما وعد الله به اهل الجنة ووعدهم
به في عبادته وجب ان يكون من جنسه ما هو مباح في الدنيا
حتى نعرف ذلك ليكون ابلغ في الترغيب قلنا انما رغب قوما
عرفوا ذلك بعضهم بالشرب وبعضهم بالخبر ولان الترغيب
فيما لم نعرف ابلغ ولهذا قال صلى الله عليه وسلم فيها ما لا
عين رأت الخبر قالوا لو كان النبيذ حراما كالخمر لفسق
شاربه وكفر مستحله كالخمر قلنا لو كان حلالا لكفر محرمه
فان محرم الحلال بمنزلة محلل الحرام في ذلك ولانه انما لم يكفر لذلك

لحصول الخلاف فيه وعدم الاجماع في تحريمه وذلك يمنع من التفسيق
والتكفير كما قلنا في نكاح المتعة ونحوه مما اختلف فيه
فصل وتحريم الخمر معلل بالشدة المطربة التي تحملها
وتدعو الى الفساد ماخوذ من الطرب وهو خفة تعتري
الانسان من شدة الفرح او شدة الحزن والحزن وهي
علة تحريمها وقال ابو حنيفة هي محرمة لعينها لا للعلة وفائدته
انه اذا ثبت انها محرمة لعلة تعدى التحريم الى ساير الاشربة المسكرة
لوجود العلة فيها والدليل على ما قلناه قوله تعالى يا ايها الذين امنوا
انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان
فاجتنبوه لعلكم تفلحون وقوله انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم
العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة فهل انتم منتهون فعلل تحريم الخمر بما يحدث عنها من البغضاء
والصد عن الصلاة والذكر على ما تقدم بيانه وهذا انما فيها
من الشدة المطربة الداعية الى الفساد فصار معنى الاية
كانه قال انما حرمت الخمرة لانها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة
وهذا اصرح بيان علة التحريم ويدل عليه انا وجدنا ان عصير
العنب حلال واذا حدثت فيه الشدة حرم ولم يحدث غير
الشدة المطربة واذا زالت الشدة المطربة واذا زالت
الشدة المطربة حل ولم يزل غيرها ولو قدرنا عود الشدة المطربة

44

اليها لقدرنا على عود التحريم فدل على ان تحريمها متعلق بالشدة
المطربة التي حدثت فيها فان قيل يحتمل ان يكون ذلك
تابعا لاسم الخمر فانه اذا كان عصيرا حلوا لا يسمى خمرا فاذا حدثت
فيه الشدة المطربة يكون خمرا فاذا زالت الشدة المطربة
لا يسمى خمرا فزوال التحريم ويكون تابعا لاسم الخمر دون العلة
قلنا هذا لا يصح فان اسم الخمر لا يقع على العصير المطبوخ فاذا
حدثت فيه الشدة المطربة فهو حرام وكذلك اذا وجدت
الشدة المطربة في نقيع التمر والزبيب حرم شرابه واسم
الخمر لا يقع عليه فبان بهذا ان التحريم تابع لهذه العلة دون
اسم الخمر وهذا ظاهر جلي لم يخل بركة فان قيل يعارضه
ان يسير الخمر حرام وليس فيه شدة مطربة واذا استوى في
التحريم ما فيه الشدة المطربة وما ليس فيه الشدة المطربة
الى في كثيرها علة التحريم حسبها وهذا لا يمنع في علل
الشرع اذا دل الدليل على صحته وقد دل الدليل على صحة ما ذكرناه
لان الشدة المطربة اذا حدثت في العصير حرم قليله وكثيره واذا
زالت الشدة المطربة حل قليله وكثيره فدل هذا على ان
وجود هذا المعنى فيه علة التحريم قليله وكثيره فان قيل
وجود معنى التحريم في الكثير لا يجوز ان يكون علة لتحريم قليله وكثيره
فان السقمونيا انما حرم كثيره لوجود ما فيه من الضرر لا حرم يسيره

الذي اضر فيه قلنا ان بين الموضعين فرقا ظاهرا وذلك
ان وجود الضرر في كثيره يوجب تحريم كثيره ولا يوجب
تحريم قليله لعدم ما الضرر فيه وليس كذلك هاهنا فان
وجود الشدة المطربة توجب تحريم قليله وكثيره وزوال
ذلك يوجب زوال التحريم كثيره وقليله بدلالة العلة وتاثيرها
في تحريم الجنس فاشتباه وليس كذلك وجود الضرر في السقمونيا
فان تاثيره في تحريم كثيره دون قليله فلم يجز اعتبار تحريم
قليله ولا دلالة عليه من جهة العلة فان الفرق بينهما ولان
قليل الخمر يدعوا الى كثيرها فجعل المحرم لكثيرها محرما
لقليلها وليس كذلك قليل السقمونيا فانه لا يدعوا الى كثيره
المضره به فلم يجعل المحرم لكثيره محرما القليله ويدل على
صحة هذا تنبيه الشرع عليه فان النبي عليه السلام قال ما
اسكر كثيره فقليله حرام وما اسكر الفرق منه فملو
الكف منه حرام وروي فالحسوة منه حرام وروي فالاوقية
منه حرام فاخبر ان المحرم لكثيره محرم لقليله وقد
بينا ذلك فيما مضى فان قيل الاسكار الذي فيها
الخمر ان يجعل علة لتحريمها فان الاسكار قد يحصل في الاطعمة
وقد شرب الرايب فيحدث السكر ولهذا افاك الناعس
فاما نعيم نعيم من الفاسم العوم روي منا ماه ٥ ٥

ومعناه سكرا من الزبيب قلنا نحن لا نقول ان العلة وجود
الاسكار على الاطلاق فان السكر قد يكون من المرض وقد يكون
من بعض الحبوب وانما الشدة المطربة انها علة التحريم والاسكار
المذكور فيه عبارة عن الشدة المطربة واشار اليها وحكمها
متعلق فان المخبوز من هذا الحب المحرم اكله بالاجماع وان حدث
منه ذلك الخدر والتدوخ وما حدث اسكار الشراب فانه محرم
باجماعنا عليه فسقط السوال واحتجوا بما روي عن النبي عليه السلام
انه قال حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب وهذا نص
قلنا لم يصح هذا عن النبي عليه السلام وانما رواه عبد الله بن
شداد عن عبد الله بن عباس موقوفا عنه وليس يصح عنه فان
عبد الله بن شداد لم يلق عبد الله بن عباس والمرسل لا حجة
فيه عندنا ولانه روي عن عبد الله بن عباس ما يعارض هذا
على ما تقدم ولان الاخبار الصحيحة عن النبي عليه السلام تقدم عليه
ولان تاويله ان الخمر حرمت باسمها وحرم من ساير الاشربة ما
كان مسكرا من غير ذكر اسمها وانما قال والسكر من كل شراب
يعني والمسكر من كل شراب فانه ما قال في نبيذ التمر وحرم نبيذ
التمر وحرم نبيذ الزبيب وحرم نبيذ العسل بل جمع تحريم
الاشربة عن الخمر ويدل على انه اراد بقوله والسكر من كل
شراب المسكر ما روي انه قال والمسكر من كل شراب ولانه

الا ان يحمل قوله والسكر من كل شراب على ظاهره لان السكر
من فعل الله تعالى فيه لا يوصف بالحلال والحرام وانما يوصف
بذلك الاعيان وافعال المكلفين وعلى قول بعض اصحابنا انه اراد
ان المحرم بالكتاب هو الخمر وما سوى ذلك فمحرم بالسنة
والقياس والتبيان تارة يكون بالنص الجلي وتارة يكون
بالسنة والقياس فصل وذكر ابو سليمان الخطابي
عن مالك واحمد واسحق وعامة اهل الحديث ان الزبيب والتمر
اذا القيا جميعا في الماء والبسر والرطب القيا جميعا
فيه كانا حراما وان لم يكن الشراب المتخذ منهما مسكرا
قال وهو غالب مذهب الشافعي واذا شرب من الخليطين
قبل حدوث الشدة فيه كان اثما من جهة واحدة واذا
شرب بعد حدوث الشدة فيه كان اثما من جهتين احدهما
شرب الخليطين والاخرى شرب المسكر لما روي عن جابر بن
عبد الله ان النبي عليه السلام نهى ان ينبذ الزبيب والتمر
جميعا ونهى ان ينبذ البسر والرطب جميعا قالوا وظاهره
يقتضي التحريم وان لم يحدث فيه الشدة المطربة ه
قلت والذي يقتضيه مذهب الشافعي انه لا يحرم
ما لم يحدث فيه الشدة المطربة لما روي عن عائشة
قالت كنا ناخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب

فالقيه في اناء فامرسه اي ادلكه بالاصابع في الماء ثم اسقيه
النبي عليه السلام وخبر جابر محمول على كراهة التنزيه
لان احدهما يشتد بصاحبه فيسرع اليه حدوث الشدة
المطربة لا انه يحرم بمجرد اختلاطهما ولانه اذا لم يحدث
فيه الشدة المطربة فهو في معنى الاشربة المتخذة من التفاح
والسفرجل وغيرهما فصل روي عن ام سلمة قالت
نهى علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل مسكر ومفتر
بضم الميم وفتح الفاء وكسر التا بنقطتين من فوقها وتشد بدها
قال الخطابي المفتر كل شراب يورث الفتور والخدر
في الاطراف وهو مقدمة السكر نهى عن شربه لئلا يكون
ذريعة الى السكر فصل وما سوى ذلك من الاشربة
التي لا تسكر ولا تطرب كشراب الليمون والحماض والرمان
والتفاح والسفرجل ونحوهما فهو حلال وكذلك الفقاع سوا
شرب للتداوي او لغيره كاللبن والعسل وسائر الاطعمة
المباحة فصل ويجب الحد بشرب كل شراب
مسكر سوا كان نيا او مطبوخا قليلا كان او كثيرا
وقال ابو حنيفة اذا شرب من نقيع التمر والزبيب ولم
يسكر لم يجب عليه الحد دليلنا ما روي عن السائب
بن يزيد انه قال سمعت عمر بن الخطاب يقول قد ذكر لي

ان عبيد الله واصحابه يشربون شرابا وانى سايل عنه فان
كان يسكر حددتهم وفى رواية اخرى قال السايب
فرايته لحددتهم ومعلوم ان المراد به غير الخمر لانه لا شبهه فى
وجوب الحد بالخمر لانه وجب بالاجماع وعن على رضى الله عنه
انه قال لا اوتى باحد شرب خمرا او نبيذا الا حددته الحد
ولانه شراب فيه شدة مطربة فوجب الحد فى قليله وكثيره
كالخمر ويوكد ذلك ان الحد شرع فى الخمر ردعا عن تناولها ولولوع
الناس بها وهذا المعنى موجود فى كل شراب مسكر فجرى مجراها
فى ذلك فان قالوا مختلف فيه فلم يجب به الحد كالوطى فى نكاح المتعة
وفى النكاح بغير ولى والشهود قلنا هذه العقود مترددة
بين اصلين احدهما الزنا وهو يوجب الحد والاخر البيع والهبة
والاجارة وهذه العقود لا تفتقر الى ولى ولا الى شهود فلما
كان مترددا بين ما يجوز وما لا يجوز جعل شبهة فى اسقاط الحد
لان الحدود تندرى بالشبهات ولانه انما لم يجب الحد فى هذه
العقود لان الوطى فيها لا يدعو الى الزنا فانه اذا وطى دفعة
سكنت واندفع بذلك عن الزنا الى وقت اخر فقليله لا
يدعوا الى كثيره للزنا وليس كذلك شرب النبيذ فانه اذا
شرب منه القليل دعته نفسه الى شرب زيادة عليه ثم
اذا شربه دعته الى زيادة عليه ثم على هذا حتى يسكر فيودى

الى مواقعة ما هو محرم بالاجماع فلذلك شرع فيه الحد للردع عنه
ولان وطيه فى هذه العقود لا يودى الى وجوب حد القذف عليه
فلم يحتج الى اقامة حد عليه وليس كذلك هاهنا فانه اذا شرب
مسكرا او اذا اسكر هذى واذا هذى افترى فاقيم عليه الحد
لئلا يودى الى ذلك منه وعلى هذا المعنى نبه على كرم الله وجهه
ومن وافقه من الصحابة على الزيادة فى حد الخمر على الاربعين
وعللوا بذلك ولا يمكن من الوطى الذى هو بمنزلة الوطى فى هذه
العقود الفاسدة على وجه فصح لعقد صحيح فلم يحتج الى الحد
فاكتفى فيه بان يفرق بينهما ويعلم ان ذلك لا يجوز حتى يستدرك
مثله على وجه يصح فيه ذلك ويجوز وليس كذلك هاهنا لانه لا
يوجد من الاشربة ما يماثل النبيذ والحصل منه ما لحصل فى
النبيذ فلم يكف فيه الردع باللسان لمنازعة النفوس اليه فاحتيج
الى اقامة الحد فيه ليرتدع الناس عنه ولانه ليس فى نوع هذا
الوطى ما يجب الحد به مع اباحته وان كثر ذلك منه فلهذا لم يجب
به الحد وليس كذلك فى هذا النبيذ المسكر فانه اذا اسكر منه
وجب به الحد بالاجماع فلذلك وجب الحد به بكل حال فصل
ومن شرب مسكرا وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه
الحد لما مضى ويثبت الشرب بثلاثة اشيا بان يقر انه شرب الخمر
او مسكرا او اقر انه شرب من شراب شرب منه غيره فاسكره او شهد

رجلان عدلان عليه بشي من ذلك ولا يحتاج الشاهدان
ان يقولا شرب مسكرا عن مكره ولا ان يقولا مع علمه انه
مسكر لان الظاهر من فعله الاختيار والعلم به وهذا كما
لو شهدا انه باع او طلق او اعتق ثبت ذلك ولا يفتقر في
الشهادة الى ان يذكر فيها عدم الاكراه لان ذلك هو الاصل
ويفارق الزنا حيث لا يقبل فيه شهادتهما حتى يفسرا لان
الزنا يعبر به عن الصريح ويعبر به عن دواعيه ولهذا قال
النبي عليه السلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والفرج
يصدق ذلك ويكذبه فاحتيج فيه الى البيان لاجل ذلك وفي
مسئلتنا لا يسمى غير المسكر مسكرا فافترقا وان وجد وهو
سكران او وجدت منه رائحة المسكر او تقياه لم يجب
عليه الحد بذلك وحكي ان رجلين شهدا عند عثمان على رجل
فشهد احدهما انه شرب خمرا وشهد الآخر انه تقياها فقال
عثمان ما تقياها حتى شربها وقال لعلي اقم عليه الحد وروي
عن ابن مسعود انه شم من رجل رائحة الخمر فقال لا ابرح حتى
اقيم عليك الحد والاول مروي عن عمر فانه روي انه شم من
ابنه عبيد الله رائحة الشراب فسأله فقال شربت الطلا
وقال اني سائل عنه فان كان مسكرا حددتك ولم يحده بالرائحة
ولانه اذا وجد على بعض هذه الاحوال احتمل ان يكون شرب

مع العلم بانه مسكر وان يكون مكرها على شربه وان يكون شرب
ولم يعلم انه مسكر وان يكون اكل بنقا بالغا او شرب
شراب التفاح فانه يكون رائحته كرائحة الخمر واذا احتمل
ذلك وجب ان يدرأ عنه الحد لسقوطه بالشبهات فان قيل
اليس لو اقر بالشرب لزمه الحد وان جاز ان يكون مكرها
قلنا اذا اقر انه شرب فالظاهر اختياره فيه لكم اضافة
الفعل اليه وها هنا لم يوجد منه لفظ ظاهره الاختيار
فافترقا فصل واذا اكره على شربه اكراها لا صنع
له فيه بان يشد ويفتح فمه ويقلب فيه او يهدد بقتل او
قطع او اخذ مال ويعلم انه ان لم يشربه فعل به ذلك وشربه
لم يجب عليه الحد وهكذا ان شربه ولم يعلم انه مسكر لقوله عليه
السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
فصل واذا طبخ لحم بخمر واكل من مرقها حد وان اكل
اللحم لم يحد لان عين الخمر موجودة في المرقة وليس بموجود في
اللحم وانما فيه طعمه وان عجن دقيقا بخمر وخبز فاكل الخبز
لم يحد لان عين الخمر اكلتها النار وان اسعط بالخمر او
احتقن به لم يحد لانه ليس بشرب ولا اكل وان ثرد فيها او
اصطبغ بها حد لانها عين مستهلكة فصل لم يشطر فان
كان الذي وجب عليه الحد حرا جلد اربعين رجلا كان او امراة وقال

p. [53]-54

مالك وابو حنيفة والثوري حد الخمر ثمانون والحجة البعض
منها وبه قال احمد في اصح الروايتين عنه دليلنا ما روى ابو
ساسان حضين بضم الحا بلا نقط وفتح الضاد المنقوطة
والنون بن المنذر الرقاشي قال لما شهد على الوليد
بن عقبة انه شرب الخمر انه اتي به عثمان فقال عثمان
لعلي دونك ابن عمك فاجلده فقال قم يا حسن فاجلده
قال فيم انت وذاك ولي هذا غيرك قال ولكنك ضعفت
وعجزت ووهنت اي ضعفت وكرره للتاكيد فقال قم
يا عبد الله بن جعفر فاجلده وعلي كرم الله وجهه يعد ذلك
فعد اربعين فقال جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر اربعين
وابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة قلت والسنة ما رسم
ليحتذى به وذلك قد يكون واجبا وقد يكون مستحبا
والزيادة عندنا تعزير وقد ثبت عن النبي عليه السلام
انه عزر بخازاضا والجميع الله عليه السلام وروى انس
قال اتي رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر
فضربه بالنعال نحوا من اربعين ثم اتي به ابو بكر فصنع به
مثل ذلك ثم اتي به عمر فاستشار الناس في الحد فقال
عبد الرحمن بن عوف اقل الحد ثمانون فضربه ثمانون ولانه
سبب يوجب ضرب الحد فاختص بعدد لان ذكره فيه عبرة

54

كالزنا قالوا روى ابو سعيد الخدري قال جلد على عهد رسول الله
صلى الله في الخمر بنعلين اربعين فلما كان زمن عمر جعل بدل كل
نعل سوطا قلنا هذا يقتضي ان الجميع كان اربعين قالوا هذا
حد العبد اي في القذف فلم يكن حد الحر كالخمسين قلنا لا يجوز
ان يساوي العبد الحر في حد واحد واما في حدين فيجوز كما لا يجوز
ان يساوي فرض المسافر من فرض الحاضر في الظهر ثم يجوز ان
يساوي فرضه في الصبح فرضه في الظهر قالوا اذا وجب الثمانون
في حد القذف ففي الشرب اولى لانه الذ والى المعاصي ادعى قلنا
القذف يهتك به عرض الادمي ويدعوا اليه العداوة والحسد
فهو الى الردع احوج ولانه منصوص عليه في القران ويقدم
على غيره عند الاستيفا ولا يسقط بقتل المحاربة بخلاف حد
الشرب قالوا يجوز ان يضرب ثمانين فدل على انه حد قلنا يجوز
ان يغرب الزاني ثم ليس بحد عندهم ويجوز ان يصلب في المحاربة
ويقطع يده ثم يجوز تركه فصل وان كان الذي شرب المسكر
عبدا جلد عشرين لانه حد يتبعض وفيه احتراز من الحد في قطع
الطريق وفي السرقة فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا
فصل وان راى الامام ان يبلغ بحد الحر في الخمر ثمانين وبحد العبد
اربعين لمصلحة يرى في ذلك جاز وكان ما زاد على الاربعين في الحر وما زاد
على العشرين في العبد تعزيرا لا حدا لما روى ابو وبرة الكلبي قال

ارسلني خالد بن الوليد الى عمر رضي الله عنه فاتيته ومعه
عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلي وطلحة والزبير فقلت
ان خالد بن الوليد يقرا عليك السلام ويقول لك ان الناس
قد انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة فقال عمر
هاولاء عندك فسالهم فقال علي نراه نضم الثمانين اذا سكر هذى
واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون فقال عمر ابلغ صاحبك
ما قال فجلد خالد ثمانين وجلد عمر ثمانين قال وكان عمر
اذا اتي بالرجل القوي المنهمك في الشراب جلده ثمانين واذا
اتي بالرجل الضعيف التي كانت منه الزلة جلده اربعين
وهذا يدل على ان الحد فيه اربعون وان الزيادة وجهة
الصحابة على سبيل التعزير فان قيل لا يجوز ان يكون تعزيرا
فانه لا يبلغ بالتعزير اربعين وانما هو دون الاربعين قلنا انه تعزير
لشيئين ازالة العقل والهذيان ويجوز ان يعزر للشيئين
اربعين واكثر فسقط السؤال **فصل** واذا ضرب الامام
شارب الخمر اربعين فمات لم يضمنه لان الحق قتله وقتيل الحق لا يودى
وان جلده ثمانين ومات لزمه ضمان نصف الدية لان نصفه حد
ونصفه تعزير فسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير لان
التعزير الى رايه وليس بواجب عليه فلزمه النصف بالتعزير
وان جلده واحدا واربعين فمات منها ففيه قولان احدهما انه يجب عليه

ضمان نصف ديته لانه مات من مضمون وغير مضمون فضمن
نصف ديته وسقط النصف كما لو جرحه واحد
جراحة وجرح نفسه جراحات ومات منهما والثاني
انه يضمن جزءا من احد واربعين جزءا من ديته لان الاسواط
متماثلة لانها تحل ظاهر البدن وتقع في التاثير والنكاية
اي الفعل والجرح فسقطت الدية على عددها لان
تقسيطها على عددها اعدل من النصف ويخالف
الجراحات فانها لا تتماثل لانها تقع في باطن البدن وتختلف
في النكاية والسراية وقد يموت من جراحة ولا يموت
من جراحات والجز ان يموت من سوط ويعيش من
اسواط **فصل** وان امر الجلاد ان يضرب في الخمر
ثمانين فجلده احدا وثمانين ومات المضروب منها
فان قلنا ان الدية تقسط على عدد الضرب سقط منها
اربعون جزءا لاجل الحدود ووجب على الامام اربعون
جزءا لاجل التعزير ووجب على الجلاد جزء وان قلنا
انها تقسط على عدد الجناة ففيه وجهان احدهما
انه تسقط نصفها لاجل الحد ويبقى النصف الاخر
على الامام نصفه وعلى الجلاد نصفه لان الضرب نوعان
مضمون وغير مضمون فسقط النصف بما ليس بمضمون

وهو الحد ووجب النصف بما هو مضمون وهو ما عدى
الحد والثاني انه يسقط الديه اثلاثا فيسقط ثلثها
بالحد وثلثها على الامام بالتعزير وثلثها على الجلاد
بالتعدي لان الحد وقع على ثلاثة انواع مختلفة فجعل لكل
نوع منها الثلث **فصل** وان امر الامام الجلاد
ان يضرب في الخمر اربعين فضربه احدا واربعين ومات
كان الضمان على الضارب لانه تعدى بالزياده وفي القدر
الذي يضمنه قولان على ما مضى وان امره بذلك وجعل الامام
يعد الضربات حتى ضربه احدا واربعين ثم امره بالامساك
ومات المضروب فالحكم فيها مثله اذا قال اضربه احدى
واربعين لانه اذا امره بالضرب ووقف بعد الضربات
كان اعتمادا الضارب عليه في ذلك فنسبت الزياده
اليه لا الى الضارب **فصل** واذا اقر البالغ العاقل
على نفسه بشرب الخمر قبل اقراره سوا كان ذهبت رايحه
الخمر او لم تكن وقال ابو حنيفه لا يقبل اقراره ولا يلزمه
الحد الا اذا كان قد ثبتت معه رايحة الخمر دليلنا قول
النبي عليه السلام من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه حد الله
تعالى ولانه اقر بما يوجب حد الشرب وهو من اهل الحدود
فوجب ان يجب عليه الحد كما لو كانت الرايحه باقيه

الا اربعين الى ما يزيد عليها وفي القدر الذي يضمنه وجهان
احدهما انه يضمن بقدر ما زاد المه على الم الثمانين فيجب
عليه نصف الديه لان زياده قدر الالم فيه على الم السياط
لا يمكن معرفة قدره فوجب فيه نصف الديه كما لو
جرح نفسه جراحه وجرحه اخر مايه جراحه والثاني
انه يضمن جميع الديه لانه عدل من جنس الى غيره فاشبه
اذا ضربه بما يجرح فمات وذكر في الشامل وجها اخر
انه لا يلزمه الضمان لانه وقع موقع الحد والمشهور هو الاول
فصل وكل موضع قلنا انه يقام عليه الحد بالسوط
فانه يضرب بسوط بين سوطين لا جديد فيجرح ولا
خلق فلا يولم لما روى عن زيد بن اسلم مرسلا ان
رجلا اعترف عند النبي عليه السلام بالزنا فدعا له رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاتي بسوط مكسور فقال فوق هذا فاتي
بسوط جديد لم يكسر ثمرته اي طرفه فقال بين هذين
ولان القصد تاديبه لا قتله والسوط الجديد يشق
جلده ويودي الى تلفه والخلق المسترخي لا يولمه فلا يحصل
به التاديب المقصود وصفة الضرب ان يكون
ضربا بين ضربين لا شديدا فيقتل ولا ضعيفا فلا يردع ولا
يرفع باعه كل الرفع والحطه بحيث لا يولم لما روي علي

ان النبي عليه السلام قال ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين
ولانه اذا ادمع العضد به لم يومن ان ياتي عليه واذا
لم يدع الذراع به لم يحصل به المعنى المطلوب في تاديبه
ويضرب الرجل في الحد والتعزير قايما ليتفرق الضرب
على ساير بدنه لئلا ياتي على موضع واحد فيجرحه ولا
يمد ولا يجرد من ثيابه لئلا يجرح الضرب بدنه وان كان
عليه جبه او فروه نزعت لانها تمنع من وصول الم
الضرب اليه ويترك عليه قميص او قميصين ولا يشد يداه
ولا يقيد لما روي عن ابن مسعود انه قال ليس في هذه
الامه مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد ولان يديه اذا
كانتا مطلقتين امكنه ان يتقي بهما عن موضع في بدنه يلحق
تكرار الضرب فيه والجراح وحكي عن ابي حنيفه انه قال
يجرد الا في حد القذف لان سببه غير محقق وهذا غلط لان
النبي عليه السلام روي عنه انه اقام الحد ولم ينقل انه جرد
من اقامه عليه ولو كان فعل ذلك لنقل وقد ذكرنا عن ابن
مسعود صريح ذلك وما قاله لا يصح لانه اكد لتعلقه بحق
الادمي وهتك عرضه والظاهر كذبه ويضرب المراه
وهي جالسه وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف تحد قايمه كالرجل
وكما تلاعن قايمه وهذا غلط لما روي عن علي كرم الله وجهه

60

انه قال تضرب المراه جالسه والرجل قايما ولان المراه عوره
وذلك استر لها فلهذا خالفت الرجل وتفارق اللعان فانه لا
يودي الى كشف العوره وتشد على المراه ثيابها لئلا
تنكشف عند الضرب شي من عورتها قال الشافعي وبلي ذلك
منها امراه واراد بذلك ان تشد ثيابها دون ضربها لان
المراه ليست من اهل الضرب فصل ولا يبلغ بالجلد
ان ينهر دما او يشق جلدا وانما يوصل الالم اليه من غير
افساد البشره واللحم لما روي ان عمر اتي بامراه راعيه
انا هاراع فقال عمر ويح المريه افسدت حسبها اذهبا
بالمريه فاضرباها ولا تخرقا جلدها ولان القصد التاديب
والزجر لا القتل والاتلاف واذا جرحه بذلك لم يامن ان
يودي الى تلفه ويفرق الجلد على البدن فيضربه على ساقيه
وفخذيه وصلبه وكتفيه ويجعل لكل موضع حظا منه
الا الوجه والفرج والراس والمذاكير والبطن وساير
المواضع المخوفه من البدن لما روى ابو هريره ان النبي عليه
السلام قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه واذا امر
باتقا الوجه لاجل ذهاب الجمال فالمواضع المخوفه اولى
كالراس والخواصر واصول الاذن وما اشبه ذلك
وايضا ما روي عن عمر انه قال اجعلوا لكل موضع حظا

الوجه

من الجلد واتقوا العزح فصل ولا يقام الحدود
ولا التعزير في المساجد سواء كان ذلك في مساجد الحرم
او الحل وبه قال مالك وابو حنيفة واحمد واسحق وكان
ابن ابي ليلى يرى اقامة الحد في المساجد وروي عن
الشعبي انه ضرب يهوديا في المسجد وقال بعض اصحاب
ابي حنيفة اذا بسط نطعا وحده عليه لم يكره دليلنا
ما روى ابن عباس ان النبي عليه السلام نهى عن اقامة الحد
في المسجد وروى حكيم بن حزام ان النبي عليه السلام نهى
ان يستقاد في المسجد وان ينشد فيه الاشعار وان
تقام فيه الحدود ولانه لا يؤمن ان يشق الجلد بالضرب
فيسيل منه الدم او يحدث من شدة الضرب فينجس
المسجد مع ما فيه من اللغط والصياح فنزه المسجد
عن ذلك فان اقيم الحد في المسجد سقط الفرض عنه لان
النبي عليه السلام النهي لمعنى يرجع الى المسجد لا الى الحد فلم يمنع
صحته كالصلاة في الارض المغصوبة فصل اذا
زنا دفعات قبل ان يقام عليه الحد حد للجميع حدا واحدا
وكذلك ان سرق دفعات او شرب الخمر دفعات حد
للجميع حدا واحدا لان سببها واحد فتداخلت لان
حقوق الله تعالى مبنية على الدرء والاسقاط بالشبهة

فتداخلت لذلك وتفارق حقوق الادميين لانها مبنية على
التشديد فلذلك لم تتداخل فصل فان شرب
فاقيم عليه الحد ثم شرب ثانيا اقيم عليه الحد مرة
ثانية وهكذا ان عاد وشرب ثالثا ورابعا اقيم عليه
الحد ثالثا ورابعا لما روى عن معوية ان النبي عليه السلام
قال اذا شربوا الخمر فاجلدوهم ثم ان شربوا فاجلدوهم
ثم ان شربوا فاجلدوهم ثم ان شربوا فاقتلوهم وعن ابي
هريرة عن النبي عليه السلام نحوه والقتل المروي فيه
منسوخ فلا يجب القتل به قال الماوردي قبيصة بن ذويب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه
فاتي برجل قد شرب الخمر فجلده ثم اتي به ثانيا فجلده ثم اتي به
ثالثا فجلده ثم اتي به رابعا فجلده ووضع القتل وقد
المسلمون على انه لا يقتل فدل هذا الاجماع على النسخ ايضا
فثبت انه منسوخ فصل وان اجتمعت عليه
حدود وجبت باسباب بان زنا وسرق وشرب الخمر وقذف
لم تتداخل لانها حدود وجبت باسباب فلم تتداخل وان
اجتمع عليه الحد في الزنا والقطع في السرقة او في قطع
الطريق قدم حد الزنا بعدم الزنا او تاخر لانه اخف والقطع

فاذا قدم امكن استيفا القطع بعده واذا قدم القطع
لم يومن ان يموت منه فيبطل حد الزنا وان اجتمع عليه
مع ذلك حد الشرب او حد القذف قدم حد الشرب
وحد القذف على حد الزنا لانهما اخف منه وامكن
للاستيفا ولان حد القذف حق للادمي ومبناه على
التشديد فقدم عليه وان اجتمع حد الشرب وحد
القذف ففيه وجهان احدهما انه يقدم حد القذف لانه
للادمي والثاني انه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لانه
اخف من حد القذف واذا اقيم عليه حد لم يقم عليه
حد اخر حتى يبرا من الاول لانه اذا توالى عليه حدان
لم يومن ان يتلف فصل وقال ابو حنيفة يبدا بحد
القذف ثم ان شا بدا بحد الزنا وان شا بدا بالقطع في
السرقة ثم بحد للشرب دليلنا هو ان حد الشرب
اسلم من حد الزنا والسرقة فكانت البداية به اولى
قالوا حد الزنا والسرقة منصوص عليهما في القران وحد
الشرب غير منصوص عليه وانما اجمعت الصحابة عليه
من طريق الراي والمسموع يوجب تقديم المنصوص
عليه وانما اجمعت عليه في السنة فانه اكد قلنا حد
الشرب منصوص عليه في السنة ومجمع عليه من الصحابة

فكان الجميع سوا الا ترى ان حكم الحاكم اذا خالف السنة
والاجماع وجب نقضه كما اذا خالف نص القران واما
اجماع الصحابة ومشورتهم فانما هو اجتهاد منهم في
الزيادة على الاربعين علما بعدم بيانه فصل
وان اجتمع عليه حد السرقة والقطع في قطع الطريق قطعت
يمينه للسرقة وقطع الطريق ثم تقطع رجله لقطع الطريق
وهل تجوز الموالاة بينهما كما لو انفرد بذلك في قطع الطريق
والثاني انه لا يجوز قطع الرجل حتى يندمل القطع في اليد
لان قطع الرجل لقطع الطريق وقطع اليد للسرقة وهما
سببان مختلفان فلا يوالي بين حديهما فصل
وان كان مع هذه الحدود قتل فان كان في غير المحاربة
اقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينهما
بالاندمال فاذا فرغ من الحدود قتل وان كان القتل في المحاربة
ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق المروزي انه يوالي
فيها بين الجميع والفرق بينه وبين القتل في المحاربة ان القتل
في غير المحاربة غير متحتم وربما عفي عنه فيسلم نفسه والقتل
في المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة والوجه الثاني انه لا
يوالي بينها بل ينتظر برؤه ايضا ليستوفي جميع الحدود لانه
لا يومن اذا والى بين حدين ان يموت والثاني يسقط ما بقي

من الحدود فصل وقال ابو حنيفة يكتفى فيه القتل وحده
وقال احمد اذا سرق وشرب الخمر وزنا وهو بكر وقتل
في المحاربة او في غيرها قتل ولم يقطع ولم يجلد ولو قذف وقطع
وقتل قطع وجلد وقتل دليلنا ما روي في الحدود من
الظواهر ولان ما وجب مع عدم القتل وجب ان لا يسقط
الى غير بدل مع وجوب القتل كما لو قطع يد رجل وقتل اخر
فانه يقطع ثم يقتل وفيه احتراز من القتل واخذ المال في
المحاربة فان قطع اليد والرجل يسقط مع وجوب القتل
ويجب مع عدمه لان القتل اذا وجب سقط باخذ المال
الى بدل وهو الصلب قالوا الحد للردع واذا كان معه قتل
لم يحتج الى الردع والزجر قلنا ينتقض بالصلب مع القتل
وينتقض على اصله بالتائب فانه لا يحتاج الى الردع ويجب
اقامة الحد عليه **فصل** واذا كان عليه قتلان
قتل في المحاربة وقتل في غير المحاربة قدم الاسبق منهما فان
كان القتل في المحاربة هو الاسبق قتل به ووجب لوارثه
وان كان القتل في غير المحاربة هو الاسبق كان الولي بالخيار
فان استوفى القصاص وجب لوارث المقتول في المحاربة
الدية لان القتل تعذر استيفاؤه وهو قصاص وان كان
متحتما وان عفى عن القصاص وجب قتله للمقتول في المحاربة

متحتما **فصل** واذا سرق في غير المحاربة ثم قتل في المحاربة
فهل يقطع ويصلب فيه وجهان احدهما يقتل ويصلب لانه
قد اجتمع في حقه اخذ المال والقتل والثاني يقطع ويقتل
وهذان الوجهان مبنيان على قطع اليد في المحاربة هل هو
قطع السرقة وقد مضى شان ذلك **فصل** واذا قتل
في المحاربة جماعة فانه يقتل بالاول ويؤخذ من تركته ديات
الباقين وخرج ابو العباس وجها اخر انه يقتل بالجميع لان
المغلب في ذلك حق الله تعالى ولهذا لا يسقط بالعفو وهذا
لا يصح لان القتل فيه قصاص وان تعلق به حق الله تعالى
وحقوق الادميين لا تتداخل ولهذا لا تسقط الدية بموته

باب التعزير

من اتى معصية اي ارتكبها لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة
الاجنبية فيما دون الفرج او لمسها او تقبيلها بشهوة وسرقة
ما دون النصاب او السرقة من غير حرز وان كانت نصابا
او القذف بغير الزنا وهو ان يشتم انسانا بما ليس بصريح
في القذف او الجناية التي لا قصاص فيها ولا ارش وما
اشبه ذلك من المعاصي عزر على حسب ما يراه السلطان
لما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي عليه السلام سئل
عن الثمر المعلق فقال من سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين

وبلغ قيمته قيمة المجن تعلبه القطع وغرم مثله وجلدات نكالا
وهو العقوبه التي تمنع من ارتكاب ذلك وروي ان معن بن
زايده زور على عمر كتابا فجلده وروى عبد الملك بن عمير
قال سيل عمر عن قول الرجل للرجل يا فاسق يا خبيث قال
هو فواحش فيهن تعزير وليس فيهن حد وروى ابن عباس
لما خرج من البصره استخلف ابا الاسود ظالم بن عمرو بن سفيان
الدولي فاتي بلص نقب حرزا على قوم فاخذوه في النقب
فقال مسكين اراد ان يسرق فاعجلتموه فضربه خمسة وعشرين
سوطا وخلى عنه **فصل** ولا يبلغ بالتعزير ادنى الحدود
فان كان على حر لم يبلغ به اربعين وان كان على عبد لم يبلغ
به عشرين وقال ابو حنيفه ومحمد لا يبلغ بالتعزير ادنى الحدود
وادناها عندهم اربعون وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف
ادناها ثمانون وقال مالك والاوزاعي ليس فيه تقدير وانما هو
على ما يراه الامام وان زاد على الحدود وقال احمد يختلف باختلاف
سببه فان كان سببه وطي كوطي الشريك للامه المشتركه او وطي
الاب جاريه ابنه ونظايره فانه لا يبلغ به اعلى الحدود فيعزر
مايه الا سوط ويسقط النفي وما عدا ذلك فلا يبلغ به ادنى
الحدود مثل ان يسرق نصابا من غير حرزه ونظايره
دليلنا ما روي ان النبي عليه السلام قال من بلغ [illegible] ما

ليس بحد حدا فهو من المعتدين وروي عن عمر انه كتب الى
ابي موسى انه لا يبلغ بضم الياء وفتح اللام نكال اكثر من
عشرين سوطا وروي عنه ثلاثين سوطا وروي عنه ما بين
ثلاثين الى اربعين سوطا ولان هذه المعاصي دون ما يجب فيه
الحد فلا يلحق بما يجب فيه الحد في العقوبه ولانه ضرب تاديب
من غير حد فوجب ان لا يبلغ به ادنى الحدود كضرب الرجل
زوجته ولان الحد يختلف باختلاف الاجرام فلا يجوز ان يجعل
في الجرم الادنى اعظم من عقوبه الجرم الاعلى وعلى قول مالك
يجوز ان يزاد في القبله واللمس بشهوه والوطي فيما دون
الفرج مثل حد الزنا واكثر منه وهذا ينافي الاصول
ولان التعزير اخف من الحدود فانه يجوز ترك التعزير على قول
بعضهم ولا يجوز ترك اقامه الحد بالاجماع فاذا كان التعزير اخف
فلا يجوز ان يبلغ به ادنى الحدود وقد نبه الشرع على مثل
هذا فانه اوجب القطع بسرقه النصاب من الحرز واسقط
عن سرقه من غير حرز فدل على ما قلناه واحتج لمالك بما روي
عن عمر انه عزر معن بن زايده بثلثمايه قلنا روي عنه انه كتب
الى ابي موسى ان لا يبلغ بالتعزير ادنى الحدود فتعارضت الروايتان
وبقي لنا ما ذكرناه من الادله قالوا روي ان عمر ضرب جاريه
حاطب لما حملت وذكرت انها لم تعلم بالتحريم مايه قلنا لا يمكنكم

ان يستدلوا بهذا فان عند مالك انه يجب عليها الحد ولا يعذر بما
يدعيه من الجهل بالحظر ان يستدل بما هو حجة علينا في التعزير
واما عمر فانه محمول على انه تبين انها كانت عالمة
بالتحريم فلم يقبل قولها في ذلك واقام عليها حد الحراير
لانها كانت قد اعتقت وانما اضيفت الى حاطب على
وجه التعريف وانها كانت جاريته الا على انها جارية له
على الحقيقة في هذه الحال يدل عليه كتابه الى ابي موسى بما ذكرناه
قالوا روي عن علي انه ضرب في التعزير خمسة وسبعين سوطا
قلنا ان صحت الرواية عنه فانه يحتاج الى بيان ذلك حتى ينظر
فيه وفي كيفيته ثم هو دليل لنا من وجه فانه لم يبلغ
به ادنى الحدود فان حد الخمر عندنا ثمانون ولم يبلغها بالتعزير
ونحن نجيز مقاربة الحدود وانما نمنع من بلوغها او الزيادة
عليها قالوا الغرض بالحد لما كان الردع والزجر وكانت
احوال الناس مختلفة وجب ان يبلغ بالتعزير الى ما يعلم
معه حصول الردع قلنا لا يجوز قياس التعزير على الحد
فانه لو علم انه لا ينزجر الا ان يسرق دون النصاب او النصاب
من غير الحرز الا بالقطع بيده لم يجز له ذلك فان ازما العبد
لا يصح ولان الله تعالى قدر الحدود ولم يامر فيها بما يحصل
به كمال الردع والزجر ولان الغالب حصول ذلك بادنى الحدود

70

ولانه احد اثبات الشرب فلا يعتبر بقاؤه في صحة الاقرار
به كالسكر فانه غير معتبر فيه ولان حد الشرب تارة
يثبت بالبينة وتارة يثبت بالاقرار ثم ثبت وتقرر انه
لا يعتبر في ثبوته بالبينة بقاء الرائحة فكذلك يجب
في الاقرار قالوا الخمر لها رائحة تبقى بعد شربها فاذا لم
توجد فالظاهر انه يريد بعينه لاقامة الحد عليه في
غير شرب فلم يجب عليه كما لو اقر انه قتل زيدا فرايناه
وهو حي قلنا انما لم يقتص منه لتحققنا كذبه فلم يجز
قتله وليس كذلك في مسئلتنا فان الظاهر صدقه فان
الانسان مصدق على نفسه ولان المعنى في الاصل انه لو
شهد به الشهود وكذبناهم وفي مسئلتنا لو شهد به
الشهود قبل قولهم وان لم يكن هناك رائحة فكذلك الاقرار
ولا يقام على السكران الحد حتى يصحوا لان الردع والزجر
لا يحصل مع السكر وان اقر عنده صبي او مجنون بذلك
لم يقبل اقرارهما لما مضى في نظايره فصل
ولا خلاف في ان حد الزاني البكر وحد القاذف بالسوط
لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة وفي اية القذف فاجلدوهم ثمانين جلدة واطلاق
ذلك يتناول الضرب بالسوط فصل ويضرب في

حد الخمر بالايدي والنعال واطراف الثياب على ظاهر
النص لما روى ابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اتي برجل قد شرب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اضربوه
قال فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب
بثوبه فلما انصرف قال بعض الناس اخزاك الله فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقولوا هكذا ولا تعينوا
عليه الشيطان ولكن قولوا رحمك الله ولانه لما كان
اخف من غيره من الحدود في العدد وجب ان يكون
اخف من غيره في الصفة وقال ابو العباس بن سريج
وابو اسحق المروزي يضرب بالسوط وبه قال احمد لما روي
عن النبي عليه السلام انه قال من شرب الخمر فاجلدوه وما
روي ان عليا لما اقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد
الله بن جعفر اقم عليه الحد قال فاخذ السوط فجلده حتى
انتهى الى اربعين فقال له امسك وكان ذلك بحضرة عثمان
فان قلنا انه يضرب بالسوط فضربه به فمات فلا ضمان
عليه لما مضى وان قلنا انه يضرب بغير السوط فضرب
اربعين بالسوط ومات كان عليه الضمان لانه تعدى
بالضرب بالسوط لان عدوله عن الضرب بالنعال ونحوها
الى الضرب بالسوط تعد يوجب عليه الضمان كما لو جاوز

فان وقع نادرا لم يكن له حكم زيادة كما ان الحدود جعلت
كذلك فلو اتى من الاربعة كمال الحد لم يرد في حقه فكذلك
هذا فصل وان راى السلطان ترك التعزير بان علم
انه يرتدع بغيره من التوبيخ بالكلام والتقريع جاز له تركه
ما لم يتعلق به حق ادمي كوطي الاجنبية فيما دون الفرج واللمس
والقبلة وسرقة ما دون النصاب وسرقة النصاب من غير
الحرز وغير ذلك وقال ابو حنيفة اذا علم الامام انه لا يردعه
الا التعزير وجب عليه تعزيره وان علم انه يرتدع بغير
الضرب كان التعزير اليه ان شاء عزره وان شاء تركه
وحكي عن احمد انه يجب بكل حال دليلنا ما روي ان النبي عليه
السلام قال اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم الا في
الحدود وروى عبد الله بن الزبير ان رجلا خاصم الزبير
عند رسول الله صلى الله عليه وسلم في شراج بكسر الشين المعجمة
وفتح الرا بلا نقط والجيم واحدها شرج بتسكين الرا
الحرة بفتح الحا بلا نقط وتشديد الرا بلا نقط وهو مسيل
الما من الحرة وهي ارض ذات حجارة سود كانها احرقت
بالنار الى السهل الذي يسقون به النخل فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم للزبير اسق ارضك ثم ارسل الما الى جارك فغضب الانصاري
فقال يا رسول الله وان كان بفتح الالف ابن عمتك فتلون

p. [73]-74

وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا زبير اسق ارضك
ثم احبس الماء حتى يبلغ الى الجدر بفتح الجيم وسكون الدال
اي الحايط وجمعه جدران قال الزبير فوالله اني لاحسب
هذه الاية نزلت في ذلك فلا وربك لا يومنون ولو لم يجز
ترك التعزير لعزره رسول الله صلى الله عليه وسلم على
قال ولانه حد غير مقدر في حق الله تعالى فلم يكن واجبا
كما لو غلب على ظنه انه يصلح بغير الضرب فصل
فاما ما تعلق به حق ادمي كقذف الصبي والعبد وقذف
غيرهما بالتعريض وساير ما تقدم ذكره في موضعه لم يجز
للامام ترك الضرب مع طلب المستحق ذلك وقيل يجوز له
الاقتصار على التوبيخ بالكلام وليس بشي لانه حق ادمي
فلا يملك الامام فيه ذلك كالقذف الموجب للحد فان عفي
صاحب الحق عنه فقد قيل فيه وجهان احدهما انه ليس
للامام تعزيره كما لو عفي من وجب له حد القذف عن الحد
والثاني له ذلك لئلا يعود الى مثله فصل وان عزر
الامام رجلا فمات وجب عليه ضمانه وقال ابو حنيفة لا ضمان
عليه وقال مالك واحمد اذا كان تعزير مثله لم يجب عليه
ضمانه دليلنا ما روي عمر بلاغا ومن سعد بن ابي وقاص عن
علي كرم الله وجهه قال ما من رجل اقمت عليه حدا فمات

74

فاجد في نفسي انه لا دية له الا شارب الخمر فانه لو مات لوديته
لان النبي عليه السلام لم يسنه والاصح ان يكون المراد به اذا
مات في الحد في الخمر فان النبي عليه السلام حد في الخمر فيثبت
انه اراد من الزيادة على الاربعين فانها حصلت بالاجتهاد
منهم على ما مضى ويدل عليه ما روي في بعضها انه قال ليس
احد اقيم عليه الحد فيموت فاجد في نفسي شيا ان الحق
قتله الا صاحب الخمر فانه شي رايناه بعد رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولانه ضرب جعل الى اجتهاده فاذا ادى الى التلف ضمن
كضرب الزوج زوجته في النشوز وضرب المعلم الصبي والوالد
ولده للتاديب فالواضرب جعل للردع والزجر يعود نفعه
على المضروب فاذا مات منه لم يكن مضمونا كالحدود قلنا الضرب
في الحدود مقدر وهذا جعل الى اجتهاده فاذا ادى الى التلف ضمن
كضرب الزوج زوجته فصل قال الشافعي في جراح العمد
فان قرعنده اي عند الامام او من يقوم مقامه صبي او معتوه
بحد يحدهما ضمنهما ان ماتا وضمن الحكومة ان لم يموتا على قدر الاثر
والالم وان قطع يد المعتوه باقراره في السرقة ضمن ديه يده قال في الام
وانما قال ذلك لان هذا خطا منه لان اقراره لا يصح فصل
وان امر الامام رجلا لجلد انسان فجلده ومات نظرت فان كان
الامام ظالما فاقام الحد عليه والجلاد يعلم ذلك ولم يكرهه الامام

p. [75]-76

على ذلك وجب الضمان على الجلاد دون الامام لانه فعله
مع علمه بانه ظالم من غير اكراه فكان قول الامام غير ملجي
وكان هو المباشر فكان الضمان عليه وان كان الامام اكرهه
عليه وجب على الامام القصاص وفي الجلاد قولان واما
الدية اذا وجبت كانت عليهما قولا واحدا وان لم يعلم
الجلاد انه ظالم وجب الضمان على الامام لان الجلاد يلزمه
طاعته فيما لا يعلم انه ظالم فيه لان الظاهر في احوال العدل
وان امر الامام رجلا بقتل رجل وهو يعتقد جواز قتله والجلاد
لا يعتقد ذلك بان امره بقتل مسلم قتل ذميا او حر قتل عبدا
فقتله وهو مختار غير مكره وجب الضمان عليه دون الامام
لان الامام امره بما ادى اجتهاده اليه والمامور لا يعتقد جواز
قتله فكان عليه الامتناع فاذا لم يفعل وقتله لزمه الضمان
فصل وان امر الامام رجلا بصعود نخلة او نزول بير
استحب له ان يطيعه فان فعل ووقع من ذلك فهلك وجب
على الامام الضمان لانه امره بذلك وفعله طاعة له وهو مندوب
الى طاعة امامه ثم ينظر فان كان ذلك لخاصة نفسه كانت
الدية على عاقلته وان كان لامر المسلمين ففي محل الدية القولان
وان امره الامام ان يسعى في حاجة فسعى فيها فعثر فسقط
فمات فلا ضمان على الامام لان السعي ليس بسبب للاتلاف

خا 40
76

ولا اعتبار بحال الغير صعود النخلة ونزول البير فصل
وان امر بعض الرعية رجلا بصعود النخلة او نزول البير
ففعل فمات فلا ضمان على الامر لانه ليس ممن المامور
امر
بطاعته بخلاف الامام فصل واذا وجب الحد
على امراة حامل لم يقم الحد عليها لما ذكرناه فيما مضى
عليها
فان اقام الحد فاسقطت جنينا ميتا وجب عليه
فيه غرة عبد او امة فان لم يكن علم انها حامل ففي
محل الغرة القولان احدهما على عاقلته والثاني في بيت المال
فان علم انها حامل فمن اصحابنا من قال يجب على عاقلته
قولا واحدا لان بيت المال انما يحمل خطا الامام وهاهنا
عمد الى ذلك وظاهر المذهب انه على القولين لان اتلاف
الجنين انما هو عمد خطا ولا يتمحض فيه عمد يجري مجرى الخطا
وان انفصل حيا ثم مات وجب فيه كمال الدية ومحل
وجوبها على ما مضى في الطريقين وان ماتت المراة في
الحد قبل اسقاط الجنين فقد نص هاهنا على انها لا تضمن
ونص في الام ولو كان رجل اغلف وامراة لم تخفض
فامر السلطان بختنهما فماتا لم يضمن السلطان الا ان يكون
ذلك في حر شديد او برد مفرط لان الاغلب انه لا يسلم
من ختن في مثله فيضمن عاقلته الدية وهذا اذا كان

في البرد الشديد فهو بمنزلة اقامة الحد على الحامل قال
القاضي ابو حامد المروروذي في جامعه واختلف
اصحابنا فيه على ثلاث طرق فمنهم من قال المسئلة على
قولين وانما اراد في الختان اذا كان الاغلب منه التلف
واراد في الحد اذا كان الاغلب منه السلامة وقد صرح
بذلك في الختان واطلق في الحد ومنهم من قال في المسئلتين
قولان احدهما يضمن لانه تعدى باقامة الحد على هذه
الحال فضمن والثاني لا يجب الضمان لانه فعل واجب فلا
يتعلق به الضمان ومنهم من فرق بين المسئلتين بثلاث فروق
احدها ان الختان جرح والغالب منه التلف والحد
ضرب في ظاهر البدن والغالب منه التلف والحد ضرب
ه السلامة والثاني ان الحد وجوبه مجمع عليه والختان مختلف
فيه فاختلف في سرايتهما والثالث ان الحد يختص بنظر
الامام واستيفائه والختان يجب على الانسان ولا يختص
بالامام فاذا تولاه ضمنه وان ماتت بعد انفصال
الجنين منها سئل اهل الخبرة عن ذلك فان قالوا التلف
باقامة الحد عليها لم يجب الضمان لان ذلك كان مستحقا
عليها وان قالوا التلف بالاسقاط وجب ضمانها
لان الاسقاط حصل بسبب فعله الذي هو عزما دون

له فيه وان قالوا التلف باقامة الحد عليها وبالاسقاط
كان النصف منها مضمونا والنصف هدرا ه
فصل وان ذكرت امراة حامل عند الامام بسوء
فارسل اليها فاسقطت جنينا ميتا كان الجنين مضمونا
على الامام لما ذكرنا في موضعه ان عمر ارسل الى امراة
ذكرت عنده بسوء فاجهضت بطنها فاستشار
عليا كرم الله وجهه فاشار عليه بان يديه ولان الاسقاط
وجد بسبب كان منه بغير حق فكان مضمونا عليه
وان ارسل اليها وهي حامل ففزعت وماتت او كانت
حاملا فماتت واسقطت جنينا كان دمها هدرا
لان الغالب ان المراة لا تموت من مثل ذلك ويفارق
الجنين لانه قد تسقط بفزعها وان امر رجل الى امراة
حامل وقال لها دعاك الامام من غير ان يامره الامام
بذلك فاسقطت المراة جنينا ميتا كان مضمونا على
الرجل لان الجاني عليه دون الامام فصل والختان
واجب على الرجال والنساء وقال ابو حنيفة ومالك ليس
بواجب وقد مضى الكلام عليه في كتاب الطهارة فاغنى
عن الاعادة فان اختتن الرجل بنفسه والمراة بنفسها
سقط الفرض عنهما بذلك وان لم يفعلا ان يختنهما اجرتها

p. [79]-80

الامام عليه فان لم يفعلا وامر الامام من يفعل بهما ذلك
ففعل فماتا نظرت فان فعل ذلك في وقت اعتدال الهوا
لم يجب عليه الضمان لان ذلك واجب فهو كالحد يقام عليه
فيموت منه وان فعل ذلك في حر شديد او برد شديد
فقد قال ها هنا يجب على الامام الضمان وقد قال اذا
قام الحد في حر شديد او برد شديد لم يضمن واختلف
اصحابنا في ذلك فمنهم من نقل جواب كل واحد منهما
الى الاخرى وخرجهما على قولين احدهما انه لا يضمن لانه تلف
من اقامة واجب والثاني انه يضمن لانه مفرط بالاستعمال
ومنهم من حملهما على ظاهرهما وفرق بينهما بان الحد ثابت
بالنص والختان بالاجتهاد ولان الختان جرح فيسرع
الى النفس والحد هو الجلد ضرب لا يدمي ولا يسرع
الى النفس غالبا فافترقا فيه واذا قلنا يجب ضمانه
ففي قدر ما يضمن وجهان في اصحابنا من قال يضمن كمال الدية
لانه فرط بذلك فاشبه اذا فعل ما ليس له فعله بكل حال
ومنهم من قال بل يضمن نصف الدية لان اصل الضرب حق
وانما الخطا في الوقت فجعل كمباح ومحظور تلف
النفس منهما وهكذا اذا اسلم نصراني او مجوسي او امره
الامام بالختان فان ابى اجبره عليه فان لم يفعل وامره

الامام من يفعل به ذلك ففعل فمات فهو على ما ذكرناه
في المسلم الاصلي وان ضرب الامام رجلا حد الشرب بشهادة
رجلين فمات ثم تبين ان هذين كانا عبدين
او كافرين او فاسقين وجب عليه ضمانه لانه اخطا
في الحكم بشهادتهما لان عليه ان يعرف حال الشاهدين
والحكم لا يجوز الا بعد ثبوت عدالتهما فاذا ترك ذلك كان
منسوبا الى التفريط فتعلق بفعله الضمان وهكذا
ان كان ذلك في حد القذف وهل يكون على عاقلته
او في بيت المال هو على ما مضى من القولين وان كانا حرين
عدلين فرجعا عن شهادتهما بعد اقامة الحد على المشهود
عليه وجب الضمان عليهما والفرق بين المسالتين ان في شهادة
الفاسقين كان الخطا من جهته حيث لم يبحث عنهما حق البحث
وها هنا لم يكن من جهته خطا وانما كان ذلك بخطئهما فان
قيل حد القذف حق للادمي عندكم وقد استوفاه فكان
ينبغي ان يكون الضمان عليه كما لو شهد له بمال فقبضه
ثم بان فسقهما كان الضمان عليه دون الامام قلنا الفرق
بينهما ان المشهود له قبض المال فاذا بطلت البينة بان
مال المشهود عليه حصل في يده فلزمه ضمانه وها هنا لم
يحصل في يده مال وانما كان الفعل بخطا الامام وتسليطه

فامتنعا فصل وان كان على راس بالغ عاقل سلعة
بكسر السين وسكون اللام وفتح العين بلا نقط وهي غدة تكون
بين اللحم والجلد تظهر كالجوزة تكون في الراس او بالحلق
لم يجز قطعها بغير اذنه فان قطعها قاطع باذنه فمات
لم يضمن لانه قطعها باذنه وان قطعها بغير اذنه فمات وجب
عليه القصاص لانه تعدى بالقطع لان قطع ذلك واسناد
التلف اليه الا ان يكون القاطع ممن لا يجب عليه القصاص كالاب
والجد ونحوهما فيجب عليه الدية المغلظة وان كانت على
راس صبي او مجنون لم يجز قطعها لانه جرح لا يومن منه الهلاك
فان قطعت فمات منه نظرت فان كان القاطع لا ولاية
له عليه وجب عليه القود لانه جناية تعدى فيها وان
كان القاطع له عليه ولاية فان كان ابا او جدا وجبت عليه
الدية المغلظة وان كان وليا غيره فان كان اماما او حاكما
او امينا من قبل الحاكم او وصيا ففيه قولان احدهما انه يجب
عليه القود لانه قطع منه ما لا يجوز قطعه لان هذا النوع من
الفعل مما لا يدخل تحت الولاية ولهذا لم يكن له فعله في الابتدا
فجرى الوالي فيه مجرى بعض الرعية والثاني انه لا يجب عليه
القود لانه لم يقصد القتل وانما قصد المصلحة مع كونه منصوبا
للنظر في مصالحه فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص عنه فعلى

هذا يجب عليه دية مغلظة على عاقلته لانه عمد خطا وهكذا
الحكم فيمن كانت به اكلة او خبيثة فقطعها قاطع
في سقوط القصاص ووجوبه لان الاكلة والخبيثة وان كان
بقاوها مخيف فان قطعها ايضا مخيف وتصير جراحة ذكره
ذكره صاحب الكتاب في التنبيه ٥

باب أدب السلطان

الامامة مشروعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة
الدنيا وعقدها لمن يقوم بها في الامة واجب بالاجماع وان
شذ عنه الاصم وهي واجبة بالشرع لا بالعقل ومن الناس
من قال وجبت بالعقل وهذا خطا لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا
اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم ففرض علينا
طاعة اولي الامر فينا وهم الائمة المتامرون علينا وروى
ابو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال سيليكم بعدي
ولاة فيليكم البر ببره والفاجر بفجوره فاسمعوا لهم
واطيعوا في كل ما وافق الحق فان احسنوا فلكم ولهم
وان اساوا فعليهم فصل والامامة فرض على
الكفاية كالجهاد وطلب العلم فان لم يكن من يصلح لها الا
واحد تعين عليه ويلزمه طلبها فان امتنع اجبر عليها
فان لم يجبر عليها اثم هو ومن ينعقد بهم الامامة دون غيرهم

ولا تثبت ولايته الا بالرضا والاختيار من اهل الاجتهاد
ويلزم اهل الاجتهاد عقد الامامة له لان الامامة عقد فلا
يتم الا بعاقد كالقضاء اذا تعين في واحد فانه لا يصير
قاضيا من غير توليته ومن الناس من قال تثبت من غير
توليته لان المقصود بالتولية تمييزه من غيره وها هنا قد
تميز بالصفة عن غيره فصل وتنعقد الامامة بتولية
الامام قبله او باجماع جماعة من اهل الاجتهاد على التولية وقالت
الشيعة لا تنعقد الا ان ينص عليها النبي او امام الوقت
وهذا خطأ والدليل على انعقادها بتولية من قبله هو ان
ابا بكر عهد بها الى عمر فاثبت المسلمون امامته بعهده وعمر
عهد الى اهل الشورى فقبلت الجماعة دخولهم فيها وهم اعيان
العصر اعتقادا لصحة العهد بها وخروج بقية الصحابة منها
وقال علي للعباس حين عاتبه على الدخول في الشورى كان
امرا عظيما من امور الاسلام لم ار لنفسي الخروج منه فصار
العهد بها اجماعا في انعقاد الامامة فان ادعوا ان النبي
عليه السلام نص على الامامة في علي كرم الله وجهه قلنا هذا
لا يصح لاجماع الصحابة على الامامة لابي بكر وايضا لما روي
عن علي انه قال ان استخلف فقد استخلف ابو بكر وان لم
استخلف فقد مات رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يستخلف

84

ولان الحسن بن علي كرم الله وجهه ولي خلافته بالاجماع او
بالنص فان عليا لم ينص عليه فصل فاذا اراد الامام
ان يعهد بها الى من يصلح لها فعليه ان يجتهد في الاحق بها
والاقوم بشروطها فاذا تعين اجتهاده في واحد نظر فيه
فان لم يكن ولدا له ولا والدا جاز ان ينفرد بعقد البيعة
له وتفويض العهد اليه وان لم يستشر فيها احدا من اهل
الاجتهاد سواء ظهر منهم الرضا بذلك او لم يظهر وقال بعض
علماء اهل البصرة ان رضا اهل الاجتهاد شرط في لزومها
للامة لانها حق متعلق بهم فلم يلزمهم الا برضا اهل الاجتهاد
منهم وهذا خطأ لان بيعة عمر لم تتوقف على رضا الصحابة
رضي الله عنهم ولان الامام احق بها فكان اختياره فيها
اولى وقوله فيها انفذ وان كان ولي العهد ولدا او والدا
فقد اختلف في جواز انفراده بعقد البيعة على ثلاثة مذاهب
احدها لا يجوز ان ينفرد بعقدها لولده ولا لوالده حتى
يشاور فيه اهل الاجتهاد فيرونه اهلا لها فيصح منه
حينئذ عقد البيعة لان ذلك منه تزكية تجري مجرى الشهادة
وتقليده على الامة يجري مجرى الحكم وهو لا يجوز ان يشهد
لولده ولا لوالده ولا ان يحكم لواحد منهما للتهمة العائدة عليه
بما جبل فيه من الميل اليه والثاني يجوز ان ينفرد بعقدها

لولده ووالده والاظهر ان ينفرد بها لولده لان الطبع في الاغلب
على ممايلة الولد اكثر مما هو على ممايلة الوالد ولذلك كان
ما يقتنيه في الاغلب مذخورا لولده دون والده فاما عقدها
لاخيه ومن قاربه من عصبته غير الوالد والولد فجايز انفراده
بها كالاجانب **فصل** ويكون العهد من الامام الى من
بعده موقوفا على قبول المولى واختلف في زمان قبوله فقيل
هو بعد موت المولي في الوقت الذي يصح فيه نظر المولى وقيل
انه ما بين عهد المولي وموته وهو الاصح لتنتقل عنه الامامة
الى المولى مستقرة بالقبول المتقدم وليس للامام المولي عزل
من عهد اليه ما لم يتغير حاله وان جاز له عزل من استنابه
من ساير خلفايه لانه مستخلف لهم في حق نفسه فجاز له
عزلهم وهو مستخلف لولي عهده في حق المسلمين لم يعزله كما لا
يجوز لاهل الاجتهاد عزل من بايعوه اذا لم يتغير حاله فلو عهد
الامام بعد عزل الاول الى ثاني كان عهد الثاني باطلا والاول
على بيعته فان خلع الاول نفسه لم يصح بيعة الثاني حتى يستانف
واذا استعفى ولي العهد لم يبطل عهده بالاستعفا حتى
يعفى للزومه من جهة المولي والمولى ثم ينظر فان وجد
غيره لم يجز استعفاوه ولا اعفاوه وكان العقد على لزومه
في جهتي المولي والمولى وتعتبر شروط الامامة في المولى من

86

وقت العهد اليه فان كان صغيرا او فاسقا وقت العهد وبالغا
عادلا عند موت المولي لم تصح خلافته حتى يستانف اهل
الاجتهاد بيعته واذا عهد الامام الى غايب هو مجهول الحياة
لم يصح عهده وان كان معلوم الحياة صح وكان موقوفا على قدومه
فان مات المستخلف وولي العهد على غيبته نظر فان بعدت
غيبته واستضر المسلمون بتاخر النظر في امورهم استناب
اهل الاجتهاد نايبا عنه يبايعونه على النيابة دون الخلافة
فاذا قدم الخليفة الغايب انعزل النايب وكان نظره فيما قبل
قدوم الخليفة ماضيا وبعد قدومه مردودا ولو اراد ولي
العهد قبل موت الخليفة ان يرد ما اليه من ولاية العهد الى غيره
لم يجز لان الخلافة لا تستقر له الا بعد موت المستخلف وهكذا
لو قال قد جعلته ولي عهدي اذا افضت الخلافة الي لم يجز
لانه في الحال ليس بخليفة فلم يصح عهده بالخلافة واذا خلع
الخليفة نفسه انتقلت الى ولي عهده وقام خلعه مقام
موته ولو عهد الخليفة الى اثنين ولم يقدم احدهما على الاخر
جاز وكان لاهل الاجتهاد ان يختاروا احدهما بعد موته كاهل
الشورى فان عمر جعلها في ستة وهكذا الحكم في الثلاثة فصاعدا
وان قدم بعضهم على بعض ورتب فان قال الخليفة بعدي فلان
فان مات فالخليفة بعد موته فلان فان مات فالخليفة بعد موته

فلان جاز ذلك وكانت الخلافة منتقلة الى الثلاثة على ما رتبها
فان مات الخليفة والثلاثة احيا كانت الخلافة بعد موته للاول
ولو مات الاول في حياة الخليفة كانت الخلافة بعده للثاني ولو
مات الاول والثاني في حياة الخليفة فالخلافة بعده للثالث
لانه قد استقر لكل واحد من الثلاثة بالعهد اليه حكم الخلافة
بعده ولو مات الخليفة والثلاثة من اوليا عهده احيا وافضت
الخلافة الى الاول منهم فاراد ان يعهد بها الى غير الاثنين فمن كان
لها من الفقهاء من منعه من ذلك حملا على مقتضى الترتيب والظاهر
من مذهب الشافعي وما عليه جمهور الفقها انه يجوز لمن افضت
الخلافة اليه من اوليا العهد ان يعهد بها الى من يشا ويصرفها
عن من كان مرتبا معه ويكون هذا الترتيب مقصورا على
من يستحق الخلافة منهم بعد موت المستخلف فاذا افضت
الخلافة الى احدهم على مقتضى الترتيب صار املك بها بعده في
العهد بها الى من يشا لانه قد صار بافضا الخلافة اليه عام الولاية
نافذ الامر فكان حقه فيها اقوى وعهده بها امضى وخالف هذا
ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترتيب امرايه
على جيش مؤتة لانهم امرا حيث استخلف عليه السلام زيد بن
حارثة وقال ان اصيب فجعفر بن ابي طالب فان اصيب فعبد
الله بن رواحة فان اصيب فليرتض المسلمون رجلا فتقدم

زيد فقتل فاخذ الراية جعفر وتقدم فقتل فاخذ الراية عبد الله
بن رواحة وتقدم فقتل فاختار المسلمون بعده خالد بن الوليد
وهذا هو الاصل في جواز ما ذكرناه عن الامام اذا امر منه
ما تقدم ذكره لانه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حي لم يشغل
امورهم الى غيره وهذا يكون بعد انتقال الامر بموته الى غيره
فافترق حكم العهدين فعلى هذا لو مات الاول من اوليا
العهد الثلاثة بعد افضا الخلافة اليه ولم يعهد الى غيرهما
كان الثاني هو الخليفة بعده بالعهد الاول وقدم به على
الثالث اعتبارا بحكم الترتيب فيه ولو مات هذا الثاني قبل عهده
صار الثالث هو الخليفة بعده لان صحة عهد العاهد يقتضي ثبوت حكمه
في الثلاثة ما لم يحدث بعده عهد يخالفه فيصير العهد في الاول في
الثلاثة حتما وفي الثاني والثالث موقوفا لانه لا يجوز ان يعدل عن
الاول فانحتم ويجوز ان يعدل على هذا المذهب عن الثاني والثالث فوقف
ولو مات الاول من الثلاثة بعد افضا الخلافة اليه من غير ان يعهد الى
احد فاراد اهل الاجتهاد ان يختاروا للخلافة غير الثاني لم يجز وكذلك
لو مات الثاني بعد افضا الخلافة اليه لم يجز ان يختاروا لها غير الثالث
وان جاز ان يعهد بها الثاني الى غير الثالث لان العهد نص فلا يجوز الاجتهاد
مع وجوده ولكن لو قال الخليفة العاقد قد عهدت الى فلان فان مات
فلان بعد افضا الخلافة اليه فالخليفة بعده فلان لم يصح خلافة الثاني

p. [89]-90

ولم ينعقد عهده بها لانه لم يعهد اليه في الحال وانما جعله ولي
عهده بعد افضا الخلافة الى الاول وقد يقولون قبل افضائها
اليه ان يعهد بها الى غيره فان زمانه وقيل عهد جاز لاهل
الاجتهاد اختيار غيره فان قيل هذا الذي ذكرتموه
في الامين والثلاثة والامة على صفة وشرط والولاية لا تنعقد
عهدها على الشروط والصفات قلنا هذا من المصالح العامة
التي يتسع حكمها عن احكام العقود الخاصة وقد عمل بذلك في
الدولتين من لم ينكر عليه احد من علماء العصرين هذا سليمان
بن عبد الملك عهد الى عمر بن عبد العزيز ثم بعده الى
يزيد بن عبد الملك ولم ينكر ذلك احد من علماء التابعين
ومن لا تاخذه في الحق لومة لائم وعهد بها هارون الرشيد
في ثلاثة من بنيه في الامين ثم في المامون ثم في المؤتمن
عن مشورة من عاصره من فضلاء العلماء فدل على ما
قلنا فصل والدليل على صحة انعقادها باجماع
جماعة من اهل الاجتهاد عليها ما روي في بيعة ابي بكر
وبيعة عثمان رضي الله عنهما واقل من ينعقد به الامامة من
اهل الاجتهاد خمسة يجتمعون على عقدها او يعقدها
احدهم برضى الاربعة ومن الناس من قال لا ينعقد الا
باجماع جمهور اهل الاجتهاد من كل بلد ليكون الرضا بها

عاما والتسليم لامامته اجماعا وهذا احتياط لان بيعة ابي بكر
انعقدت بخمسة اجتمعوا عليها ثم تابعهم الناس عليها وهم
عمر بن الخطاب وابو عبيدة بن الجراح واسيد بضم الالف
وفتح السين بلا نقط بن حضير بضم الحا بلا نقط وفتح
الضاد المنقوطة وبشير بفتح البا منقوطة وكسر السين
المنقوطة بن سعد وسالم مولى ابي حذيفة ولان عمر جعل
الشورى في ستة ليكون لاحدهم الخلافة برضا الخمسة و
الناس وقال ينعقد بثلاثة يتولاها احدهم برضا الاخرين
كما يصح النكاح بولي وشاهدين ومن الناس من قال ينعقد بواحد
لان العباس قال لعلي امدد يدك ابايعك فيقول الناس عم
رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع ابن عمه فلا يختلف عليك اثنان
ولانه حكم وحكم الواحد نافذ فصل واذا نظر اهل الاجتهاد
فيمن يصلح للامامة وكانوا جماعة كان الاولى ان يقدموا اكثرهم
فضلا واكملهم شروطا ومن يسارع الناس الى طاعته ولا يتوقفون
عن بيعته فان عرضوها عليه فاجاب بايعوه ولزم كافة الامة
الدخول في بيعته والانقياد الى طاعته وان امتنع لم يجبر عليها
لانها عقد تراض ويعرض على غيره ممن يصلح لها فان اجاب بويع
عليها ولو تكافا فيها اثنان قدم اسنهما فان بويع الاصغر جاز وان
كان احدهما اعلم والاخر اشجع فان كانت الحاجة الى فضل الشجاعة ادعى

p. [91]-92

لاستنار الثغور وظهور البغاة فتقدم الاشجع وان كانت الحاجة
الى فضل العلم ادعى لسكون الدهماء فالمدار الى الجماعة وظهور
اهل البدع فتقدم الاعلم فان وقع اختيار اهل الاجتهاد على واحد
من اثنين فتنازعا فيها كان اهل الاجتهاد بالخيار في بيعة ايهما
شاؤوا من غير قرعة ومن الناس من قال تكون ذلك قدحا في عدالتهما
وهذا خطأ لانه قد تنازع فيها اهل الشورى فما قدح عنها طالب
ولا منع منها راغب ومن الناس من قال يقرع بينهما فمن خرجت
له القرعة كان هو الامام **فصل** فان اختار اهل الاجتهاد
واحدا وهو افضل الجماعة فبايعوه على الامامة وحدث بعده
من هو افضل منه لم يؤثر ذلك في صحة امامته وان بايعوا واحدا
وهناك من هو افضل منه نظرت فان كان ذلك لعذر
دعا اليه فان كان الافضل مريضا او غايبا او كان المفضول
اطوع في الناس واقرب الى القلوب صحت امامته ووجبت
طاعته وان كان ذلك لغير عذر جاز ايضا في قول اكثر
الفقهاء لان زيادة الفضل مبالغة في الاختيار وليست
معتبرة في شروط الاستحقاق فجاز كما يجوز في ولاية
القضاء تقديم المفضول مع وجود الافضل ومن الناس
من قال لا يجوز لان الاجتهاد اذا دعى الى اولى الامرين لم يجز العدول
عنه الى ما ليس باولى كالاجتهاد في الاحكام الشرعية وهذا

مبطل بولاية الحكم **فصل** ولا يجوز ان يعقد الامامة لاثنين
في وقت واحد وقال الشيعة يجوز ان يعقد لامامين واكثر وهذا
خطأ لما روي عن النبي عليه السلام انه قال اذا بويع لامامين فاقتلوا
الاخر منهما ولو جاز ذلك لما جاز قتله ولان الجمع بينهما يؤدي الى الهرج
والفساد والاختلاف والفتن والتشاجر في الناس فكان باطلا
فان قالوا الامام نايب عن الله تعالى في اظهار دينه وتنفيذ امره في العباد
فجرى مجرى اجتماع نبيين في وقت واحد فلما جاز ذلك في الانبياء لانه
مقطوع بصدقهم وان امتهم للحق والصواب وترك اجتهادهم المعصية
فلا يؤدي كثرة اصحاب احدهما الى الفتنة والاختلاف
لان الجميع يدعون الى امر واحد فلا يؤدي الى الاختلاف
لانهم ان ارسلوا جميعا بشيء واحد وهو اقامة التوحيد
لله تعالى او يرسل كل واحد منهم في امر غير الامر الذي ارسل به
رسوله الاخر كما ارسل شعيب في المكيال والميزان ولوط
في تحريم اللواط وامثال ذلك فمثل هذا يؤمن معه الفساد
في الامامة بخلافه **فصل** فان عقدت لاثنين فالامام هو
الاول ومن الناس من قال ان كانا في بلدين فالامام من كان
في البلد الذي مات فيه من قبله لانهم بعقدها اخص وبالقيام
بها احق ومنهم من قال بل على كل واحد منهما ان يدفع الامامة
عن نفسه ويسلمها الى صاحبه طلبا للسلامة وحسما للفتنة ثم يختار

اهل الاجتهاد غيرهما ومنهم من قال يقرع بينهما دفعا للتنازع
وقطعا للخصام فمن خرجت له القرعة كان احق بالامامة
والصحيح هو الاول لان احد العقدين قد سبق الاخر وكانا
كالوليين اذا زوج كل واحد منهما المراة من رجل فان
النكاح للسابق منهما ثم ينظر فان تعين السابق منهما
استقرت له الامامة وعلى المسبوق الدخول في طاعته
وان عقدت الامامة لاثنين معا استوقفت الولاية لاحدهما
ولغيرهما وان تقدمت بيعة احدهما واشكل المتقدم منهما
وقف امرهما على الكشف فان تنازعا وادعى كل واحد
منهما انه الاسبق لم تسمع دعواه ولم يحلف عليها لانه لا
يختص بالحق فيها لان الحق للمسلمين جميعا فلا حكم ليمينه فيه
ولا لنكوله عنه وهكذا لو قطع التنازع فيها وسلمها احدهما
الى الاخر لم تستقر امامته الا ببينة تشهد بتقدمه ولو اقر له
بالتقدم خرج منها المقر ولم تستقر للاخر لانه مقر في حق
المسلمين فان شهد له المقر بسبقه فيها مع شاهد اخر
سمعت شهادته ان ذكر اشتباه الامر عليه عند التنازع
ولم تسمع منه ان لم يذكر الاشتباه لما في ذلك من التدليس واذا
دام الاشتباه فيها بعد الكشف لم يقرع بينهما لان الامامة عقد
والقرعة لا مدخل لها في العقود ولان الامامة لا يجوز فيها

الاشتراك والقرعة لا مدخل لها فيما لا يصح فيه الاشتراك كالمناكح
وتدخل فيما يصح فيه الاشتراك كالاموال ويكون دوام هذا
الاشتباه مبطلا لعقدي الامامة فيهما ويستانف اهل الاجتهاد
عقدها لاحدهما وهل يجوز العدول فيها الى غيرهما قيل يجوز لخروجها
منهما وقيل لا يجوز لان البيعة لهما قد صرفت الامامة عمن عداهما
ولان الاشتباه لا يمنع ثبوتها في احدهما فصل وينبغي
ان يكون الامام ذكرا بالغا عاقلا عدلا عالما بالاحكام
التي ياتي بيانها في القضاة كافيا لما يتولاه من امور الرعية
واعيا الامة بان يكون سالم السمع والبصر واللسان
ليصح معها مباشرة ما يدرك بها سالم الاعضاء من نقص يمنع
من استيفاء الحركة وسرعة النهوض وان يكون صحيح الراي
المفضي الى سياسة الرعية وتدبير المصالح وان يكون
شجاعا على الوجه الذي يودي الى حماية البيضة وجهاد العدو
وان يكون من قريش لقوله صلى الله عليه وسلم الايمة من قريش
فان اختل شرط من ذلك لم تصح توليته فاما ما لا يوثر بعدمه
في راي ولا عمل ولا نهوض ولا في المنظر وذلك مثل قطع الذكر
والانثيين فلا يمنع من صحة الامامة لان فقد هذين العضوين
يوثر في التناسل دون الراي والتدبير فجرى مجرى العنة هكذا
ذكره اقضى القضاة ابو الحسن الماوردي البصري وان زال

شي مما هو شرط في صحتها بعد التوليه بطلت ولايته فلو
عاد الى العداله لم يعد الى الامامه الا باستيناف عقد لانه
ملك ذلك بالعقد فلا يعود اليه من غير عقد وان اغمي عليه
لم تبطل ولايته لانه مرض سريع الزوال وقد كان يطرى
على الانبيا ولا يحصل به النقص وهكذا ان لم يبصر عند
دخول الليل لم تبطل ولايته لانه مرض في زمان الدعه
يرجى زواله واما ضعف البصر فان كان يدرك به
الاشخاص ويعرفها اذا راها لم تبطل به ولايته وان كان
لا يعرفها بطلت ولايته لانه اشبه عدمها له معه فلا يجوز
استدامتها عليه معه كالعمى ومن الناس من قال طريان الصمم
والخرس لا يبطل ولايته وهذا خطا لتاثيرهما في التدبير
والعمل فكان كذهاب البصر ومنهم من قال ان كان يحسن الكتابه
لم يبطل ولايته وان كان لا يحسنها بطلت لان الكتابه
والاشاره مفهومه وهذا خطا لانهما يمنعان من
صحة العقد ابتدا فمنعا استدامته ومن الناس من قال
اذا زالت احدى يديه او احدى رجليه لم تبطل ولايته
وهذا خطا لانه عجز يمنع من صحتها ابتدا فمنع من استدامتها
والخشم في الانف هو الذي لا يدرك به شم الروايح وفقد الذوق
الذي لا يفرق به بين المطعوم فلا يوثران في صحة الامامه لانهما يوثران

50
96

في اللذه دون الراي والعمل وهكذا جدع الانف وسمل احدى
العينين لا يوثر في صحتها لعدم تاثيره في شي من حقوقها
وهل يجوز العقد معه فيه مذهبان احدهما يجوز لعدم
تاثيره في حقوقها والثاني لا يجوز لانه تقل به الهيبه وفي قلتها
نفور عن الطاعه وما ادى الى هذا فهو نقص في حقوق
الامامه **فصل** ومن حجر الامامه واستولى عليه
من اعوانه من استبد بتنفيذ الامور من غير تظاهر بمعصيه
ولا مجاهره بمشاقه لم يمنع ذلك من صحة امامته وينظر
في افعال من استولى على اموره فان كانت جاريه على
جواد فعلها جاز اقراره عليها تنفيذا لها وامضا لاحكامها
وان كانت افعاله جاريه على وجه الجور في الدين لم يجز
اقراره عليه ولزمه ان يستنصر من يكف يده ويزيل تغلبه
وان كان على وجه القهر بان صار ماسورا في يد عدو
قاهر له لا يقدر على الخلاص منه منع ذلك من عقد
الامامه لعجزه عن النظر في امور المسلمين وسوا كان
العدو مسلما او مشركا باغيا ولاهل الاجتهاد ان
يبايعوا من عداه من ذوي القدره وان اسر بعد ان عقدت
له الامامه او مسلما باغيا ولاهل الاجتهاد ان يبايعوا
من عداه من ذوي القدره وان اسر من ذوي القدره وان

فعلى كافة الامة استنقاذه لما اوجبته الامامة من نصرته
وهو على امامته ما كان مرجو الخلاص مامول الفكاك اما
بقتال او فداء فان وقع الاياس منه نظرت فان كان
في اسر المشركين بطلت امامته بالاياس من خلاصه واستانف
اهل الاجتهاد بيعة غيره على الامامة وان عهد بالامامة في
حال اسره فان كان بعد الاياس من خلاصه لم يصح عهده
لانه عهد بعد خروجه من الامامة وان عهد قبل الاياس من
خلاصه في وقت هو فيه مرجو الخلاص صح عهده لبقاء
امامته واستقرت امامة ولي عهده بالاياس من خلاصه
لزوال امامته فلو تخلص من الاسر بعد عهده فان كان بعد
الاياس منه لم يعد الى امامته لخروجه منها بالاياس واستقرت
لولي عهده وان تخلص قبل الاياس منه فهو على امامته ويكون
العهد في ولي العهد ثابتا وان لم يصر اماما وان كان
ماسورا مع بغاة المسلمين فان كان مرجو الخلاص فهو
على امامته وان لم يرج خلاصه نظرت فان كانوا فوضى
لا امام لهم فالامام على امامته لان بيعته لهم لازمة وطاعته
عليهم واجبة فكان كما لو كان مع اهل العدل اذا صار
تحت الحجر وعلى اهل الاجتهاد ان يستنيبوا عنه ناظرا
يخلفه ان لم يقدر على الاستنابة وان قدر عليها كان

احق باختيار من يستنيبه منهم فان خلع الماسور نفسه او
مات لم يصر المستناب اماما لانها نيابة عن موجود فزالت
بفقده وان كان اهل البغي قد نصبوا لانفسهم اماما دخلوا
في بيعته وانقادوا لطاعته فالامام الماسور في ايديهم
خارج من الامامة بالاياس من خلاصه لانهم قد انحازوا
بدار انفرد حكمها عن الجماعة وخرجوا عن الطاعة فلم يبق
لاهل العدل بهم نصرة وللماسور معهم قدرة وعلى اهل
الاجتهاد في دار العدل ان يعقدوا الامامة لمن يصلح لها
فان تخلص الماسور لم يعد الى الامامة لخروجه منها ۵

فصل والاولى ان يكون شديدا من غير عنف
لينا من غير ضعف ولا يحتجب عن الرعية ولا يتخذ بوابا
وحاجبا فان اضطر الى ذلك اتخذ امينا سلسا لا جبارا
متشرسا ويستحب ان يشاور اهل العلم في الاحكام واهل
الراي في النقض والابرام وسياتي بيان ذلك كله في ولاية
القاضي ويلزمه النظر في مصالح الرعية من امر الصلاة والائمة
وامر الصوم والاهلة وامر الحج والعمرة وامر القضاء والحسبة
وامر الاجناد والامرة ولا يولي ذلك الا الثقة مامونا
عارفا بما يتولاه كافيا لما يتقلده من الاعمال على ما مضى
بيانه في مواضع وعلى ما سياتي بيانه في القضاء والابدع

السوال عن اخبارهم والبحث عن احكامهم وينظر في اموال الفي
والخراج والجزيه ويصرف ذلك في الاهم فالاهم في المصالح
من سد الثغور وارزاق الاجناد وسد الفتوق
وحفر الانهار وارزاق القضاه والموذنين وغير ذلك من المصالح
وينظر في اموال الصدقات ومصارفها ويتامل امر المرافق
والمعادن ومن يقطعها على ما ياتي ذكره في مواضعه ٥

كتاب الاقضية باب ولاية القضاء

(ادب القاضي)

القضا بالبلد فرض على الكفايه والدليل عليه قوله تعالى يا داوود
انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقوله
تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها واذا
حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل وقوله تعالى لمحمد
صلى الله عليه وسلم وان احكم بينهم بما انزل الله وان النبي عليه
السلام حكم بين الناس وبعث عليا كرم الله وجهه الى اليمن
للقضا بين الناس وبعث معاذا الى اليمن قاضيا وان
الخلفا الراشدين ابو بكر وعمر وعثمان وعلي حكموا بين الناس
وبعث عمر ابا موسى الاشعري الى البصره قاضيا وبعث عبد
الله بن مسعود الى الكوفه قاضيا ولان الظلم في الطباع فلا
بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم ولان القضا يجري مجرى

الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وذلك فرض من فروض
الكفايه وكذلك القضا الذي يجري مجراه فان اتفق اهل
بلد على ان لا يلي احد منهم القضا اثموا بذلك لما روي ان النبي عليه
السلام قال ان الله تعالى لا يقدس امة ليس فيهم من ياخذ
للضعيف حقه وفي بعضها لا يقدس الله امة لا يوخذ
لضعيفها من قويها ولان الاتفاق على ذلك كالاتفاق على
ترك الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وذلك لا يجوز وان تولى
في كل بلد رجل واحد سقط الفرض به عن الباقين لان النبي
عليه السلام والخلفا بعده بعثوا الى كل بلد رجلا واحدا
فاقتضى ان الفرض يسقط به ولانه فرض من فروض الكفايه
فاذا قام به من يحصل به الكفايه سقط الفرض عن الباقين
كسائر فروض الكفايات فان لم يكن في البلد بلد من
البلاد من يصلح للقضا الا واحد تعين عليه وعلى الامام
ان يوليه وان لم يعرف الامام حاله لزمه ان ياتي الامام
ويعرفه امره وصلاحه لذلك لانه فرض من فروض الكفايه
فاذا لم يكن في البلد ممن يقوم به الا واحد تعين عليه القيام
به واذا امتنع اجبر عليه لان الكفايه لا تحصل الا به وان
كان هناك من يصلح له غيره نظرت فان كان خاملا بالخا
المنقوطه اي ساقطا لا ينتبه له بان لم يكن معروفا بالعلم

والاجتهاد واذا ولي القضا استشر علمه استحب له ان يطلبه لما
يحصل به من المنفعه بنشر العلم اذا عرفه الناس وان كان
مشهور العلم والاجتهاد باتيه الناس ويستفيدون منه فان
كانت له كفايه كره له الدخول فيه لما روي ان النبي عليه السلام قال
من استقضي فكانما ذبح بغير سكين وعن ابي ذر ان النبي عليه
السلام قال له يا ابا ذر اني اراك ضعيفا واني احب لك ما احب لنفسي
لا تامرن على اثنين ولا تولين مال يتيم وروي ان ابا قلابه لما
طلب للقضا هرب فقيل له وليت فقضيت بالحق فقال
من يقع في البحر الى كم يسبح ولانه يلزمه بالقضا حفظ الامانات
وربما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه وان كان فقيرا
يرجوا بالقضا كفايه من بيت المال لم يكره له الدخول فيه
لانه يكتسب كفايته بسبب مباح ومن اصحابنا من قال بسبب
هو طاعه فكان اولى من الوراقه ونحوها من الامور المباحه
ويدل على انه طاعه ما روي عن عبد الله قال قال رسول الله لا حسد
الا في اثنين رجل اتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق
ورجل اتاه الله الحكمه فهو يقضي بها ويعلمها وعن ابي هريره
عن النبي عليه السلام قال سبعه يظلهم الله في ظله يوم لا ظل
الا ظله وذكر منهم الامام العادل والجمع بين هذه الاخبار ان
يقال ان كان الرجل من اهل الاجتهاد ووثق من نفسه باداء

الامانه فيما يتقلده فهو المحمود عليه وان لم يكن من اهل الاجتهاد
او علم من نفسه انه لا يودي الامانه فيه فهو المذموم عليه ويحمل
ما ياتي ذكره من قوله صلى الله عليه وسلم القضاه ثلاثه وقد قيل في
قوله عليه السلام فقد ذبح بغير سكين انه لم يخرج مخرج الذم وانما
وصفه بالمشقه فكان من وليه فقد حمل على نفسه مشقه
كمشقه الذبح لانه يجب عليه ان يحكم بالحق وقد ياتيه
من يرد له الحكم والحق مع خصمه فيغتاظ عليه فلذلك المشقه
ومن طلب القضا رغبه في الولايه والنظر لا لما تقدم ذكره
من نشر العلم وغيره ففيه ثلاثه مذاهب احدها انه يكره
ان يكون طالبا او مجيبا اذا طلب لعموم قوله صلى الله عليه وسلم
من ولي القضا فقد ذبح بغير سكين ولقوله القضاه ثلاثه والثاني ممن
وان كان يصلح للقضا فانه لا يامن ان يجور في الحكم فكره له ذلك
وقيل يستحب له ذلك وقيل يكره ان يكون طالبا ويستحب ان
يكون مجيبا اذا طلب لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن
سمره لا تسال الاماره فانك ان اعطيتها عن مساله وكلت
اليها وان اعطيتها عن غير مساله اعنت عليها وعن انس
بن مالك ان النبي عليه السلام قال من طلب القضا واستعان
عليه وكل عليه ومن لم يطلب ولم يستعن عليه انزل الله
ملكا يسدده فصل وان كان جماعه يصلحون للقضا

اختار الامام افضلهم واورعهم وقلده فان اختار غيره جاز لانه
يحصل به الكفايه وان امتنعوا من الدخول فيه اثموا لما فيه من
الحيف ولانه حق وجب عليهم فاثموا بتركه كالامر بالمعروف
والنهي عن المنكر وهل يجوز للامام ان يجبر واحدا منهم على الدخول
فيه ام لا فيه وجهان احدهما انه ليس له اجباره عليه لانه
اذا لم يجبر عليه بقي الناس بلا قاض وذلك لا يجوز فصل
ومن يتعين عليه القضا وهو في كفايه اي له ما يقوم بكفايته
وكفايه من يلزمه كفايته لم يجز ان ياخذ عليه رزقا لانه
فرض تعين عليه فلا يجوز ان ياخذ عليه مالا من غير عوض
ضروره وان لم يكن له كفايه فله ان ياخذ الرزق من بيت المال
عليه لان القضا لا بد منه والكفايه لا بد منها فجاز ان ياخذ
عليه الرزق لان الكسب لما يحتاج اليه متعين ايضا عليه
فلا يلزمه تركه للقضا فجمع بين الامرين وان لم يتعين عليه القضا
نظرت فان وجد الامام من يتطوع به وهو من اهل الولايه
لم يجز له ان يولي من يطلب عليه رزقا لان بيت المال للمصالح
ولا مصلحه في الدفع اليه مع وجود المتطوع وان لم يجد من
يتطوع به فان كانت للذي يوليه كفايه كره ان ياخذ
عليه الرزق لانه قربه فكره اخذ الرزق عليها من غير حاجه
فان اخذ الرزق جاز لانه لم يتعين عليه ولا غنى للناس عنه

104

فجاز دفع الرزق اليه كالامام وان لم يكن له كفايه لم يكره له ان
ياخذ عليه الرزق لان ابا بكر الصديق لما ولي الخلافه خرج
ببز منه الى السوق فقيل له ما هذا قال انا كاسب اهلي
فاجروا له كل يوم درهمين وعن عمر انه قال انزلت نفسي وهذا
المال بمنزله ولي اليتيم ومن كان غنيا فليستعفف اي يترك
ولا ياكل ومن كان فقيرا اي محتاجا فلياكل بالمعروف اي بلا
اسراف وبعث عمر الى الكوفه عمار بن ياسر واليا وعبد الله
بن مسعود قاضيا وعثمان بن حنيف ماسحا وفرض لهم
كل يوم شاه نصفها واطرافها لعمار والنصف الاخر بين
عبد الله وعثمان وعن عمر انه جعل لشريح القاضي في كل شهر
مايه درهم فلما ولي علي جعل له في كل شهر خمس مايه درهم ولانه
لما جاز للعامل على الصدقات ان ياخذ مالا على العماله جاز
للقاضي ان ياخذ الرزق على القضا ويدفع اليه مع رزقه شي
للقرطاس الذي يكتب به عليه حجج للناس ومحاضرهم وسجلاتهم
لانه يحتاج اليه لذلك وهو من مصالح المسلمين ومال بيت المال
معد لمصالحهم ويعطي لمن على بابه من الاجرا اي الوكلا الرزق
لانه يحتاج اليهم لاحضار الخصوم كما يعطي من يحتاج اليه العامل
على الصدقات من العرفا ويكون ذلك كله من سهم المصالح
لانه من المصالح فان قيل فقد روي عن عمر انه قال لا ينبغي

لقاضي المسلمين ان ياخذ على القضا اجرا قيل يحتمل انه اراد به
انه الاولى لمن هو مستغن عنه ويحتمل ان يكون اراد اخذ
ذلك من غير بيت المال وهكذا الحكم في تحمل الشهاده وادايها احد
واقامه الصلاه والاذان في جواز الرزق على التفصيل
الذي ذكرناه في القضا فصل ولا يجوز عقد الاجاره
على القضا لانه عمل غير معلوم ولانه عمل لا يعمله الغير عن الغير
وانما يقع عن نفسه ويعود نفعه الى الغير فصل
ولا يجوز ان يكون القاضي كافرا ولا فاسقا ولا عبدا ولا مدبرا
ولا مكاتبا ولا من فيه جزء من الرق ولا صغيرا ولا معتوها
اي مجنونا لانه اذا لم يجز ان يكون واحد منها ولا شاهدا
فلان لا يجوز ان يكون قاضيا اولى وحكي عن ابي بكر الاصم انه
قال يجوز ان يكون فاسقا دليلنا قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهاله
فلا يجوز قبول قول الحاكم مع فسقه ولان القضا يتضمن
الولايه على الاطفال والمجانين وعلى الاموال والانكحه وكل
هذه الولايات ينافيها الفسق فلم ينعقد القضا مع وجوده
واحتج بما روي عن النبي عليه السلام انه قال سيكون بعدي
امرا يؤخرون الصلاه عن اوقاتها فصلوها لوقتها ثم صلوها
معهم واجعلوا صلاتكم معهم قلنا يحتمل انه اراد انهم يؤخرونها

55

106

عن اول وقتها ويحتمل ان يكون سماهم امرا على سبيل المجاز
فصل ولا يجوز ان يكون القاضي امراه وقال ابن جرير
يجوز ان يكون امراه وقال ابو حنيفه يجوز ان يكون قاضيه
فيما تقبل شهادتها فيه دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم ما افلح
قوم اسندوا امرهم الى امراه قيل نحمله على تولية الامامه
قلنا هو عام الا فيما خصه الدليل ولان من لا يجوز ان يكون
قاضيا في الحدود والقصاص لم يجز ان يكون قاضيا في
غيرها ولانه نقص يمنع الامامه فمنع القضا كالرق ولانه
لا بد للقاضي من مجالسه الرجال من الفقها والشهود والخصوم
والمراه ممنوعه من مجالسه الرجال لما يخاف عليهم وعليها
من الافتتان ولانه اذا برزت افتتن بها وان استترت
لم تعرف فلم يصح القضا قالوا من جاز ان يكون شاهدا في حق
جاز ان يكون قاضيا كالرجل قلنا الكافر عندهم يجوز ان
يكون شاهدا على الكافر ولا يجوز ان يكون حاكما ثم شهاده
على وجه التبع وعلى النصف من الرجل فلا يساويه في القضا
قالوا ولايه خاصه فاشبهت الوصيه وفيه احتراز من الامامه
لانها ولايه عامه قلنا الوصيه تصح الى العبد والاعمى عندهم
ولا يصح القضا فصل ولا يجوز ان يكون القاضي اعمى لانه لا
يعرف الخصوم والشهود فلا يعرف من يعترف من الخصوم ممن ينكر

والامي يستشهد عنده فلا يتميز عنده به ما يراد منه ولا يجوز ان
يكون اصم ولا اخرس اذا لم يكن له اشاره مفهومه لان عدم
السمع والنطق يمنع من الحكم بين الخصوم لانه لا
يعرف من المنكر ولا ما تشهد به الشهود عنده فلا
يحصل به المقصود وفي الاخرس الذي له اشاره مفهومه
وجهان كالوجهين في شهادته احدهما يجوز ان يكون
قاضيا لان اشارته كعباره الناطق في نكاحه وطلاقه
فكذلك في القضا والثاني لا يجوز لان اشارته اقيمت مقام
العباره في موضع الضروره وهو في النكاح والطلاق
لانهما لا يستفاد الا من جهته ولا ضروره بنا الى قضايه
لانه يصح من غيره بالنطق فلا يجوز بالاشاره واذا ولي القاضي
وهو عدل فصار فاسقا او عاقلا فجن او ولي وهو بصير
فصار اعمى او سميعا فصار اصم او ناطقا فصار اخرس
بطلت ولايته لانه معنى يمنع من ابتدا الفصل يمنع من
استدامته وان اغمي عليه لم يبطل لان الاغما ليس بنقص
ولهذا كان يطرى على الانبيا عليهم السلام ولا يجري عليهم
الجنون فصل ولا يجوز ان يكون القاضي جاهلا بطرق
الاحكام بل يعتبر ان يكون من اهل الاجتهاد وهو ان
يكون عالما بالكتاب والسنه ولسان العرب فيعلم من

في الكتاب العام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل والمفصل
والمحكم والمتشابه والحقيقه والمجاز والناسخ والمنسوخ
ويعرف من السنه المتواتر والاحاد والمرسل والمتصل
والمسند والمنقطع والعام والخاص والناسخ والمنسوخ
وان يعرف الاجماع والاختلاف وانواع القياس على ما بيناه
في اصول الفقه وبقولنا قال احمد واختلف اصحاب ابي حنيفه
فمنهم من قال بذلك ومنهم من قال يجوز ان يكون عاميا ثم يقلد
فيما ينزل به من الحوادث بعض العلما دليلنا قوله تعالى ولا تقف
ما ليس لك به علم وهذا لا علم له باحكام الشريعه وطرقها فلا
يجوز له ان يقفوها وقوله تعالى هل يستوي الذين يعلمون والذين
لا يعلمون يدل على المنع من التسويه بينهما في تولية القضا
وجواز الحكم وايضا ما روى بريده ان النبي عليه السلام قال
القضاه ثلاثه واحد في الجنه واثنان في النار فاما الذي في
الجنه فرجل عرف الحق فحكم به ورجل عرف الحق فحكم فجار
في حكمه فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار
ولانه اذا لم يجز ان يفتي الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلان
لا يجوز ان يقضي بينهم وهو يلزمهم الحكم اولى ولانه لا يجوز ان
يكون مفتيا فلا يجوز ان يكون قاضيا كالكافر والله اعلم
علم بطرق الاحكام فلم يجز قضاوه كالوصي وغير سوا قالوا

يجوز ان يكون شاهدا لما اشبه العالم قلنا يبطل بالكافر
فانه يجوز ان يكون شاهدا على الكافر عندهم ولا يجوز
ان يكون قاضيا ولان الشاهد يحتاج الى ما يدرك به
المشهود به وذلك معه والحاكم يحتاج الى ما يدرك
به الحكم وذلك ليس معه قالوا اذا جاز ان يحكم بقول
الشهود وبقول المقومين وان لم يعرف كيف ادركوا جاز
ان يحكم بقول العلماء وان لم يعلم كيف افتوا قلنا يجوز ان
يجهل طريق الشهادة والتقويم ولا يجوز ان يجهل طريق الحكم
كما نقول في المفتي **فصل** وهل يجوز ان يكون القاضي
اميا لا يعرف ان يكتب فيه وجهان احدهما يجوز لان شرائط
القضاء من الكمال والعدالة والاجتهاد موجودة فيه وكونه
اميا ليس بنقص لان النبي عليه السلام كان اميا وكان
هو الحاكم والثاني لا يجوز لانه يحتاج الى ان يكتب او يقف
على ما يكتبه الكاتب واذا كان اميا لم يتوصل الى معرفة
ذلك ويخالف النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك كان من بيانه
ومعجزته ولان اصحابه كانوا عدولا فكان يامن خيانتهم
بخلاف غيره **فصل** ويستحب ان يكون القاضي حليما متثبتا
ذا فطنة ويقظة لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة صحيح
حواس السمع والبصر عالما بلغات اهل قضائه جامعا

للعفاف نزها بعيدا من الطمع صدوق اللهجة بسكين الهاء
اي اللسان ذا راي ومشورة حسن الكلام في خطاب
الخصمين لا يعلوا كلامه على كلامهما وحكم عليه سكينة
ووقار حكي عن علي انه ولى ابا الاسود الدؤلي ساعة من نهار
ثم عزله فقال لم عزلتني فوالله ما خنت ولا جنيت فقال
بلغني ان كلامك يعلوا كلام الخصمين اذا تخاصما اليك ٥
فصل ويكره ان يكون القاضي جبارا اي متكبرا
عسوفا بفتح العين بلا نقط وضم السين بلا نقط والفاء
والعسوف الذي ياخذ الامور عن وجهه ويسلك فيه غير
طريقه ويكره ان يكون ضعيفا اي ضعيف الراي والتدبير
مهينا اي حقيرا ذليلا لان الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من
استيفاء حجته والضعيف يطمع فيه الخصم ويبسط
عليه في الشتم وغيره ولهذا قال بعض السلف وجدنا هذا
الامر لا يصلحه الا شدة من غير عنف بضم العين بلا نقط
وسكون النون اي من غير اخلال بالرفق ولين بكسر اللام
وتخفيف الياء وهو ما ذهب معه من غير ضعف بضم
الضاد وفتحها اي من غير ذهاب قوة **فصل** ولا
يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام او تولية من فوض اليه
الامام لانه من المصالح العظام وفيه احتراز من الامامة في الصلاة

والوكالات والوصايا وما اشبه ذلك فلا يجوز الا من جهة
الامام وينعقد القضاء بقوله قلدتك او وليتك القضاء
او استخلفتك على القضاء لان كل ذلك صريح فيه وان قال فوضت
اليك القضاء او رددت اليك القضاء او جعلت اليك القضاء او
اسندت اليك القضاء ففيه وجهان احدهما انه صريح كالقسم
قبله والثاني انه كناية كقوله عولت عليك في القضاء واعتمدت
عليك في القضاء ويصح القبول من المولى بالقول والصحيح هو الاول
لانه في بنائه مقام الشروع فيه مقام القول كالقبول في الوكالة
فان تحاكم رجلان الى من يصلح ان يكون حاكما ليحكم بينهما جاز
له ان يحكم بينهما لانه تحاكم عمر وابي بن كعب الى زيد بن ثابت
في حكومة بينهما فحكم وتحاكم عثمان وطلحة وفي بعضها عبد
الرحمن الى جبير بن مطعم ولا يعرف له مخالف فيه فان
قيل كان عمر هو الامام فاذا رد الى زيد صار
حاكما فكذلك عثمان قلنا لم ينقل عنهما اكثر من الرضى بحكمه
خاصة وذلك لا يصير به حاكما ولا فرق فيه بين ان يكون في
البلد حاكم او لم يكن لانه اذا جاز ان يولاه مع عدم الحاكم
جاز مع وجوده كالامام يجوز له ان يولي رجلا حكما وان
كان في البلد حاكم قال الربيع وفيها قول اخر انه لا ينفذ حكمه
اذا كان في البلد حاكم يقدر عليه وان لم يكن في البلد حاكم لزم

حكمه قال في الافصاح وهذا من تخريج الربيع وليس بمذهب
لك وفي الذي يلزم به حكمه قولان احدهما انه لا يلزم الحكم
الا بتراضيهما بعد الحكم وبه قال المزني لانا لو الزمنا
بها حكمه كان ذلك عزلا للقضاة وافتياتا اي تعديا على
الامام ولانه لما اعتبر رضاهما في ابتداء الحكم اعتبر رضاهما
في لزوم الحكم والثاني انه يلزم بنفس الحكم وبه قال ابو حنيفة
واحمد لما روي عن النبي عليه السلام انه قال من حكم بين اثنين
تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون ولولا ان حكمه يلزمهما
لم يكن فيه ترك العدل ولان من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي
الذي ولاه الامام وما ذكره الاول فيبطل به اذا رضي بعرف
وكيله او شريكه فانه يلزمه ذلك وان كان يعتبر رضاه
في اوله فعلى هذا اذا رجع احدهما عن الرضى به قبل شروعه في
الحكم جاز وان رجع بعد شروعه فيه وقبل فراغه منه ففيه
وجهان ذكرهما ابو سعيد الاصطخري احدهما انه يجوز لانه لم يتم
الحكم فيه فاشبه ما قبل الشروع والثاني لا يجوز لانه يؤدي
الى ان كل واحد منهما اذا راى من الحكم ما لا يوافقه رجع
فيبطل المقصود بذلك فلم يجز **فصل** واختلف اصحابنا
فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان
كما يجوز فيه حكم القاضي الذي ولاه الامام ومنهم من قال يجوز ذلك

في الاموال والحقوق كلها الا في اربعة اشيا وهي النكاح واللعان
والقصاص وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم لانها حقوق تثبت
على الاحتياط والتغليظ ولهذا الاجتهاد فيها الاصطلاح والاجرى
فيها الاباحة فلم يجز فيها التحكيم فان كانت الدعوى في
قتل الخطا وحكم بثبوته نظرت فان ثبت بالبينة وقلنا ان
الحكم يلزم من غير التراضي وجبت الدية على العاقلة كالحكم
من قاضي الامام وان قلنا يلزم بالتراضي او كان قد ثبت
باقراره لم تحملها العاقلة لانه يتهم في ذلك وان كانت الدعوى بمال
وقلنا ان الحكم يلزم من غير التراضي جاز حبسه عليه كالحكم من قاضي
الامام وان قلنا لا يلزم الا بالتراضي لم يجز حبسه عليه كما الجديد بقول
المفتي وان كتب بذلك كتابا حكما فان قلنا يلزم حكمه من غير تراضيهما
بعد الحكم قبل كتابه وعمل عليه لانه على هذا القول كقاضي الامام
وان قلنا لا يلزم الا بتراضيهما بعد الحكم لم تقبل ولم يعمل عليه كما لو صار
ذلك عن المفتي فصل وللامام ان يولي في بعض من البلاد في
البلد الذي هو فيه سوا قدر ان يقضي بينهم بنفسه او لم يقدر على
ذلك لما روي ان رجلين اختصما الى النبي عليه السلام فقال لعمرو بن
العاص اقض بينهما فقال اقضي بينهما وانت هاهنا فقال نعم فقال
علام اقضي بينهما فقال اقض بينهما فان اجتهدت فاصبت فلك عشر
اجور وان اجتهدت فاخطات فلك اجر ولان الامام يحتاج ان يشتغل

بالنظر بما كثر من مصالح المسلمين وحفظ بيضة الاسلام وحراستهم
فقد لا يتفرغ للقضا فصل وان عرف الامام ان
بلدا من البلاد ليس فيها قاض لزمه ان يرسل اليهم قاضيا
لان من مصلحة اهل البلدان ان يكون لهم قاض ياخذ للضعيف
من القوي والامام منتصب لمصلحة الامة فلزمه ذلك لانه لا غنا
لهم عنه وقد وجد من النبي عليه السلام والخلفا الراشدين مثل
ذلك على ما مضى ثم ان كان الامام من اهل الحزم والمعرفة
بالناس يعرف من يصلح للقضا ولي من يراه صالحا لذلك
وان لم يكن من اهل الحزم والمعرفة جمع جميع اهل العلم الى
مجلسه للمناظرة فاذا علم منهم من هو من اهل الاجتهاد
بحث عن عدالته على ما ياتي بيانه في الشهادة فاذا ثبت عنده
عدالته ولاه فصل ولا يجوز ان يولي من لا يقول بالقياس
من الداوودية وغيرهم لمعرفته به وان يرده لانه قد ياخذ
بكثير منه وان لم يسمه قياسا فاذا كان من اهل الاجتهاد
فهو كمن يقول به وقيل لا يجوز ان يولي والصحيح هو الاول ولا
يجوز ان يولي من يذهب الى جواز الحكم بالاستحسان وهو ان
يحكم بما يخطر في قلبه ويستحسنه من غير دليل لقوله تعالى
ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله تعالى فان تنازعتم في شي فردوه
الى الله والرسول ولان الاستحسان حكم بغير حجة شرعية فلم يجز الحكم بالاستحسان

p. [115]-116

فصل ويجوز للامام ان يجعل قضاء بلد الى اثنين واكثر
على ان يحكم كل واحد منهم بولايته على اهل ذلك الموضع ولا
يكون للباقين عليه ولاية كالمجلس ونحو ذلك ويجوز ان الى
يجعل الى احدهما القضاء في حق والى الاخر في حق اخر وان
يجعل الى احدهما القضاء في الاموال والى الاخر القضاء في غير
الاموال ويجوز ان يجعل الى احدهما القضاء في زمان والى
الاخر في زمان اخر لانه نائب عن الامام فكان على حسب
الاستنابة ولا يجوز ان يجعل الى كل واحد منهما الولاية على
الانفراد في جميع البلد او القرية او حق واحد او زمان
واحد لانه يؤدي الى ابطال الحكومات بان يطلب احد الخصمين
الترافع الى احدهما ويطلب الاخر الترافع الى الاخر وهل يجوز
ان يجعل اليهما القضاء في مكان واحد اي في بلد واحد او قرية
واحدة وحق واحد وزمان واحد بحيث يتفقان عليه فيه
وجهان احدهما انه يجوز وبه قال اصحاب ابي حنيفة لانه نيابة
فجاز ان يجعل الى اثنين كالوكالة والوصية والثاني انه لا
يجوز لانهما قد يختلفان في الاجتهاد فيرى احدهما ما لا يرى الاخر
فيقف الحكم ولا تنقطع الخصومة ويخالف الوكالة والوصية لان
المرجع في ذلك الى المصلحة وذلك لا يختلف والمرجع هاهنا الى
الاجتهاد وهما يختلفان فافترقا فصل ولا يجوز ان يقلد القضا

ما دام يوما واحدا واجتمعوا اليوم الثاني وان كان البلد كبيرا
نادى ثلاثة ايام واجتمعوا اليوم الرابع وان كان في قرية او
محلة حضروا في الحال ويقرأ عليهم العهد ليعلموا التولية وما
فوض اليه ثم يرجع الى منزله فصل والمستحب للامام اذا ولى
قاضيا في بلده او في بلد اخر ان يأذن له في الاستخلاف في نواحي
ذلك البلد وسواده لانه لا يتسع لجميع ذلك ويشق عليهم حضور
بابه فان اذن له ان يستخلف فله ان يستخلف وان نهاه عن الاستخلاف
لم يجز له ان يستخلف لانه نائب عنه فيتبع امره ونهيه وذكر في الشامل
ان كان الذي ولاه يمكنه ان ينظر فيه بنفسه لم يكن له ان يستخلف
وان كان لا يمكنه لانها بلاد منتشرة فذكر القاضي ابو الطيب
الطبري ان وجود النهي وعدمه سواء وان لم يأذن له في
الاستخلاف ولم ينهه عنه بان اطلق ذلك نظرت فان كان
ما قلده من الموضع يتعذر ان يقضي فيه بنفسه ففيه وجهان
احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه يجوز ان يستخلف
لانه ينظر في المصالح فجاز ان ينظر بنفسه وبغيره كالامام
ولان العادة جارية بان يباشر القاضي بعض اعماله بنفسه ويفوض
بعضها الى غيره فحمل اطلاق التولية عليه والثاني وهو المذهب
انه لا يجوز لان الذي ولاه لم يرض بنظر غيره فلم يكن له ان يستخلف
كالوكيل لا يوكل فيما جعل اليه وان كان ما ولاه لا يقدر ان يقضي

فيه بنفسه لكثرته جاز ان يستخلف فيما لا يقدر عليه لان
تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر
عليه كما ان يوكل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في استنابة
غيره وهل له ان يستخلف مما يقدر عليه ان يقضي فيه بنفسه فيه وجهان
احدهما ان له ذلك لان من جاز له ان يستخلف في البعض جاز ان يستخلف
في الجميع كالامام والثاني انه لا يجوز لانه انما اجيز له ان يستخلف فيما
لا يقدر عليه للعجز فوجب ان يكون مقصورا على ما عجز عنه
فعلى هذا ان تراضيا ورضيا بحكمه كان على القولين في المسلة في
التحكيم وهل يملك القاضي نصب الصدقات اذا لم يكن لها ناظر
عطلق الولاية فيه وجهان كالوجهين في الاستنابة في الحكم وفي
اقامة العيد والجمعة ان لم يتقدم لها امام وجهان احدهما ان القاضي
يقيمها والثاني ان اقامتها الى الامير فصل ولا يجوز ان يقضي
ولا يولي ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيا في حكم في غير عمله فان فعل
شيئا من ذلك في غير عمله لم يعتد به لانه لا ولاية له في غير عمله
فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية وسواء كان من قضى بينهما
او من ولاه او سمع شهادته من اهل عمله او من غير اهل عمله
في ذلك لانه في غير موضع ولايته فكان كبعض الرعية وان
ترافع اليه خصمان من غير اهل ولايته وهو في موضع ولايته جاز
له ان يحكم بينهما لان الاعتبار بموضع الولاية لا بموضعهما ولو اذن الامام

118

للقاضي ان يحكم بين اهل ولايته حيث ما كانوا جاز له ان يحكم
بينهما لان الاعتبار بموضع الولاية لا بموضعهما ولو اذن الامام
للقاضي ان يحكم بين اهل ولايته حيث ما كانوا جاز له الحكم بينهم
وان كانوا في ولاية غيره وان اجتمع قاضيان في غير موضع ولايتهما
واخبر كل واحد منهما الاخر بحكم حكم به او شهادة ثبت عنده لم يجز
لكل واحد منهما ان يحكم بذلك اذا رجع الى موضع ولايته لانه
اخبره في غير موضع ولايته فكان كبعض الرعية وان كان
احدهما في موضع ولايته دون الاخر لم يجز للذي هو في موضع
ولايته ان يقبل ما اخبره الاخر واذا رجع الاخر الى موضع
ولايته فهل يجوز له ان يحكم بما اخبره الاخر به هو على القولين
في جواز حكم الحاكم بعلمه وان سمع القاضي بينة فعزل قبل ان يحكم
بها ثم ولي لم يجز له ان يحكم الا بعد ان يعيد الشهادة ثانيا
لان السماع الاول ابطله بالعزل وان سمعها ثم خرج عن موضع
ولايته ثم عاد فهل له ان يحكم بها بذلك السماع ام لا فيه وجهان
احدهما له ذلك لان السماع والحكم وجدا في موضع ولايته والثاني
ليس له ذلك لانه بالخروج خرج عن ان يكون من اهل سماعها
فكان كما لو عزل ثم ولي فصل وللحاكم ان يحكم لنفسه فان اتفقت
له حكومة مع خصم فان كانا في البلد الذي فيه الامام تحاكما فيه اليه
وان كانا في غير البلد الذي فيه الامام وكان فيه من ولاة القضاء معه

في البلد فحاكمه اليه وان كانا في بلد له جانبان هو قاض
في احدهما وفي الجانب الاخر قاض اخر فحاكمه اليه وان
لم يكن كذلك وكان في البلد خليفة فحاكمه الى خليفته
لان عمر حاكم مع ابي بن كعب الى زيد بن ثابت وحاكم
عثمان مع طلحة الى جبير بن مطعم وحاكم علي مع يهودي في
درع الى شريح ولانه لا يجوز ان يكون شاهدا لنفسه فلا يجوز
ان يكون حاكما لنفسه **فصل** ولا يجوز ان يحكم لوالده
وان علا ولا لوالدته وان علت ولا لولده وان سفل وقال ابو
ثور يجوز لانه يحكم له بغير ما شبه الاجانب وهذا خطا
لانه متهم في الحكم لهما كما يتهم في الحكم لنفسه ولهذا لا تقبل
شهادته له ولان مال ولده ووالده يجري في الحكم مجرى ماله الا
ترى انه يستحق النفقة منه في بعض الاحوال ولان ولده بعض
منه وهو بعض ابيه فصار كانه حكم لنفسه بخلاف الاجنبي
وقيل يجوز ان يقضي له بالبينة وليس بشيء لانه قد يلحقه في
قبول الشهادة التهمة كما يلحقه في الحكم بعلمه ويجوز ان يحكم لاخيه
واخته ومن هو ابعد منهما من اقاربه لان التهمة لا تلحقه فيهم
بدليل قبول شهادته لكل واحد منهم ولان مالهما لا يجري
في الحكم مجرى ماله الا ترى انه لا يستحق النفقة فيه بكل حال
ويجوز ان يحكم على والده وولده وسائر اقاربه لان التهمة تنتفي عنه

في ذلك غاية الانتفاء ولهذا تقبل شهادته عليهم وان حاكم والده
مع ولده فحكم لاحدهما فقد قال بعض اصحابنا انه يحتمل وجهين
احدهما انه لا يجوز كما لا يجوز اذا حكم له مع اجنبي والثاني
انه يجوز لانهما استويا في العصبة فارتفعت عنه تهمة الميل
وان اراد ان يستخلف في اعماله والده او ولده جاز لانهما يجريان
مجرى نفسه ثم يجوز له ان يحكم في اعماله كلها فجاز ان يستخلفهما
للحكم في اعماله واما اذا فوض الامام الى رجل ان يختار قاضيا
لم يجز ان يختار والده او ولده لانه لا يجوز ان يختار نفسه فلا
يجوز ان يختار والده او ولده والحكم في الوصي اذا كان قاضيا
واراد ان يحكم للطفل بحق كالحكم من الاب في حق الولد في
جميع ما ذكرناه وقيل لا يجوز ان يحاكم خصمه الى خليفته وليس
بشيء وقيل له ان يقضي بنفسه للطفل لان كونه وليا لا يمنع من
سماع البينة والحكم بها له الا ترى ان الحاكم الذي ليس بوصي
يسمع البينة ويحكم لليتيم وان كان اليتيم في ولايته ويثبت
له التصرف في المال الذي يحكم به لليتيم وهذا خطا لان ولي
اليتيم لو شهد بذلك لليتيم قبل ولايته القضاء لم تقبل شهادته
فلا يجوز ان يقضي به كما لا يجوز لوالده او لولده لهذه العلة
ويفارق الحاكم الذي ليس بوصي لانه لو شهد بذلك قبل
ولايته الحكم قبلت شهادته فلذلك اذا حكم به نفذ حكمه

فصل والجوزان يرتشي وهو ان ياخذ الشي على الحكم
لما روى ابو هريره ان النبي عليه السلام قال لعن الله الراشي والمرتشي
على الحكم ولانه اخذ مال على حرام فكان حراما كمهر البغي
ولانه ان اخذ ذلك ليحكم بغير الحق فالحكم بغير الحق محرم والاخذ
عليه محرم وان اخذ على انفاذ الحكم وكذلك لا يلزمه امضا
الحكم لمن وجبت له وان اخذ على ان يحكم بالحق فليس له لانه
ياخذ الرزق على ذلك من الامام فلم يجز ان ياخذ عليه عوضا
اخر وحكي عن الشيخ ابي حامد الاسفرايني انه قال ان كان
الحاكم لا ياخذ من بيت المال رزقا فقال لست اقضي بينكما
حتى تجعلا لي عوضا جاز له ذلك وحكي عن القاضي ابي الطيب
الطبري مثله قال في الام ولم يذكر ان طلب ذلك من
احدهما قال و ينبغي ان يكون اجره من احدهما للحاكم ما لحق مجرى
مجرى الهديه على ما ياتي بيانه فيها واما الراشي فانه ان كان
يطلب بما يدفعه من الرشوه الحكم بغير الحق او يطلب به انفاذ
الحكم فهو حرام عليه لانه يبذله على فعل حرام وان كان يطلب
به وصوله الى حقه لم يحرم عليه لانه يبذله ليستنقذ به حقه فجرى
مجرى المال يبذله للمشركين في استنقاذ الاسرى فيكون حراما
على الاخذ دون الباذل له والحجة ان يقبل هديه وهو ان يدفع
اليه الشي مطلقا ممن لم يكن له عاده ان يهدي اليه قبل الولايه وحكي

عن ابي حنيفه انه يكره وهذا غلط لما روى ابو حميد الساعدي
قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بني اسد وقيل
من الاسد بسكون السين وقيل الازد يقال له ابن اللتبيه
بتشديد اللام وضمها وفتح التا وسكونها وفتحها وكسر
البا استعمله على الصدقه فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي
فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال ما بال العامل نبعثه
على بعض اعمالنا فيقول هذا لكم وهذا اهدي الي افلا جلس في
بيت ابيه او امه فينظر ايهدى اليه ام لا والذي نفسي بيده لا ياخذ
احد منها شيا الا جا يوم القيامه يحمله على رقبته فدل على ان ما
اهدي اليه بعد الولايه لا يجوز له قبوله لان القاضي في معنى العامل
واما من كانت له عاده بان يهدى اليه قبل الولايه برحم او موده
فانه ان كانت له في الحال حكومه لم يجز له قبولها وهكذا ان
استشعر ان له حكومه في المستقبل لم يجز قبولها منه لانه ياخذ
في حال يتهم فيه لانه لا يامن ان يكون اهداه اليه لاجل الحكم وان
لم يكن له حكومه فان كان اكثر مما كان يهديه اليه او ارفع منه
لم يجز له قبولها لان الزياده حدثت بالولايه وان لم يكن اكثر
ولا ارفع مما كان يهدى اليه ففيه وجهان احدهما انه لا يجوز
له قبولها لعموم قوله صلى الله عليه وسلم هدايا العمال غلول وروي هدايا
والثاني انه يجوز له قبولها وهو المنصوص لخروجها عن سبب الولايه

p. [123]-124

والاولى ان لا يقبل لجواز ان يكون قد اهدى اليه لحكومة منتظرة
قال ان لم يكن فان اهدى اليه في غير عمله كره قبولها فان
قبلها جاز فاجراه ان لم يكن ممن جرت عادته بالهدية
له ومن اصحابنا من قال لا يجوز له قبولها لما في المسلة قبلها وكل
موضع قلنا لا يجوز له ان يقبلها فان خالف فقبلها من اصحابنا
من قال يلزمه ان يرده الى الذي اخذ منه لانه اذا لم يجز
له ان ياخذ منه بقي على ملكه وظاهر المذهب انه يرد ذلك
الى بيت المال لانه اهدى اليه لمكان ولايته وهو منتصب لمصلحة
المسلمين فكان المهدي اهداه الى المسلمين فيصرف في مصالحهم ٥
فصل ويجوز ان يحضر الولايم لقوله صلى الله عليه وسلم لو
دعيت الى كراع لاجبت ولو اهدي الي ذراع لقبلت ولان
الاجابة الى الوليمة غير العرس مستحبة وفي وليمة العرس وجهان احدهما
انها فرض على الاعيان والثاني انها فرض على الكفاية فهو كغيره
في ذلك وللحضور في الاجابة فيوما دون يوم لان تخصيص بعضهم بذلك
ميل وترك للعدل فان كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك
الحضور في حق الجميع لان الاجابة الى الوليمة اما ان يكون سنة
او فرضا على الكفاية او فرضا على الاعيان الا انه لا يستقر تركها
جميع المسلمين والقضا فرض عليه ويستضر بتركه جميع المسلمين
فوجب تقديم القضا على ذلك ويعتذر اليهم ويسالهم التحليل تطييبا

لنفوسهم واحتياطا له وقد قيل ان يشاور في احوال الداعين او تقارب
في الفضل والعلم والصلاح كان الامر فيه كذلك وان اختلفت
احوالهم بان كان بعضهم من اهل الفضل والعدالة وبعضهم من
السوقة والفساق فلا باس ان يجيب اهل الفضل والعدالة دون
غيرهم لانه لا يكون في ذلك اظهار الميل لتباين احوالهم في نفوسهم ٥
فصل ويجوز ان يعود المرضى ويشهد الجنايز ويأتي مقدم
الغايب لقوله صلى الله عليه وسلم عائد المريض في مخرف بكسر الميم
وسكون الخا المنقوطة من مخارف الجنة اي في بستان من
بساتين الجنة وقيل في طريق من طرق الجنة حتى يرجع وعاد النبي
صلى الله عليه وسلم سعدا وجابرا وعاد غلاما يهوديا
في جواره وعرض عليه فاجاب وكان يصلي على الجنايز ولان هذه
الامور طاعات والقاضي فيها كغيره فان كثرت عليه
اتى من ذلك ما لا ينقطع عن الحكم والفرق بينه وبين حضور
الولايم حيث قلنا انها اذا كثرت عليه ترك الجميع ان الحضور
في الولايم لحق اصحابها فاذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل
الى من حضر عنده والحضور في هذه الاشيا لطلب الثواب
لنفسه وذلك حق له فلم يترك ما قدر عليه منه فصل
ويكره للقاضي ان يتولى البيع والشرى بنفسه وقال ابو حنيفة
لا يكره دليلنا ما روى ابو الاسود المالكي عن ابيه عن جده ان

ان النبي عليه السلام قال ما عدل وال اتجر في رعيته ابدا
وقال شريح شرط علي عمر حين ولاني القضاء ان لا ابيع
ولا ابتاع ولا ارتشي ولا اقضي وانا غضبان ولانه
اذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن ان يحابا فيميل الى من
حاباه لان المحاباة رشوة فيمنع مما يؤدي الى ذلك كما منع من
الانتهاب ولان في مباشرة ذلك بنفسه ضربا من طرح
المروة والتبذل وذلك مما ينقص مهابته في اعين الناس
ولان ذلك يشغله عن التوفر على القضاء قالوا وهذا لا يكره
له قبل ولاية القضاء فلا يكره بعد كعقد النكاح والخلع
والعتاق قلنا هذه العقود لا تتكرر فلا تشغل
عن القضاء ولان المحاباة لا تحصل فيها لانه ليس المقصود
منها المال فافترقا فصل فان احتاج الى البيع
والشراء وكل من ينوب عنه ولا يكون معروفا به
فان عرف انه وكيله استبدل بمن لا يعرف به حتى لا
يحابا لاجله فصار كما لو باشره بنفسه فان باع واشترى
بنفسه صح البيع لان المنع لا يعود الى معنى في البيع وان
لم يجد من ينوب عنه تولى بنفسه من غير كراهة لانه
لا بد له منه واذا وقعت لمن يلي حكومة استخلف
من يحكم بينه وبين خصمه لانه اذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن

ان يميل اليه ويكره له ايضا النظر في امر ضيعته ونفقته
ومنزله بنفسه بل يوكل في كل ذلك لما مضى وان افتى فان
كانت في صلاة او صيام او حج قال في الايضاح فهو
كسائر الفقهاء في ذلك وان كانت في الاحكام ففيه
وجهان احدهما انه يكره له ان يفتي لانه لا يؤمن ان يكون
ذلك طريقا يقوى الخصم على خصمه والثاني لا يكره لان المفتي
انما يخبر عن حكم الله تعالى في الحادثة لا غير فصل
ولا يقضي القاضي في حال الجوع الشديد والعطش الشديد
ولا في حال الحزن الشديد والفرح الشديد والفزع
الشديد ولا يقضي والنعاس يغلبه ولا يقضي والمرض
يقلقه اي يزعجه ولا يقضي وهو يدافع الاخبثين ولا يقضي
في حر مزعج ولا برد مولم لما روى ابو بكرة ان النبي
عليه السلام قال لا ينبغي للقاضي ان يقضي بين اثنين وهو
غضبان وروت ام سلمة ان النبي عليه السلام قال من
ابتلي بالقضاء بين الناس فلا يقضي وهو غضبان وروى
ابو سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقضي
القاضي الا وهو شبعان ولان في هذه الاحوال يشتغل
قلبه ويتغير فهمه وعقله فلا يتوفر على الاجتهاد في الحكم
وكل ذلك محمول على كراهة التنزيه فان حكم في حال من هذه الاحوال

يشغل قلبه ويشغب فهمه ويعقله ولا يتوفر على الاجتهاد في
الحكم وكل ذلك مجود لا على صح حكمه لان الزبير ورجلا
من الانصار اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في
شراج من الحرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير
اسق زرعك ثم ارسل الما الى جارك فقال الانصاري
وان كان ابن عمتك فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم
حتى احمر وجهه ثم قال للزبير ازرعك واحبس الماء حتى يبلغ اسق
الجدر بفتح الجيم اي الحائط ثم ارسله الى جارك فحكم في
حال الغضب ووجه الحديث انه حملهما اولا على ضرب
من الصلح فلما طوى الانصاري ذلك استوفى له تمام
حقه ولانه انما استحب له ترك القضا في هذه الاحوال
خوفا من الخطا فاذا اصاب الصواب امضى ٥

فصل والمستحب ان يجلس للحكم في موضع بارز في
وسط البلد بحيث يصل اليه كل احد من قوي وضعيف ولا
يحتجب من غير عذر لما روي ان النبي عليه السلام قال من ولي
من امر الناس شيئا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب
الله دونه فاقته وفقره والمستحب ان يكون المجلس
فسيحا كالرحبة والفضا الواسع حتى لا يتاذى بضيقه
الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز وان يكون موضعا لا

يتاذى فيه بحر او برد او دخان او رائحة منتنة لان عمر كتب
الى ابي موسى واياك والقلق بالقاف اي الانزعاج والضجر
اي القلق في الغم وهذه الاشيا تفضي الى الضجر وتمنع الحاكم
من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفا الحجة
فان حكم مع شي في هذه الاحوال صح الحكم كما صح في حال
الغضب

فصل ويكره للقاضي ان يقصد الجلوس في
المسجد للقضا كراهة تنزيه وقال مالك واحمد واسحق لا يكره
وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة دليلنا ما روى معاذ ان
النبي عليه السلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع
اصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سيوفكم وبيعكم وشراكم
ولان الخصومة يحضرها اللغط بفتح اللام والغين المنقوطة اي
الصوت والجلبة ويحضرها السفه وهو ضد الحلم واصله الخفة
والحركة فينزه المسجد عن ذلك ولانه قد يكون الخصم حائضا
او جنبا ولا يمكنه المقام اي اللبث في المسجد للخصومة قالوا
روي ان عثمان وعليا قضيا في المسجد قلنا لعل ذلك كان
اتفاقا قالوا موضع يجوز الجلوس فيه للتدريس والفتيا فجاز
للقضا كغيره قلنا ليس في التدريس والفتيا لغط وسفه
وفي الخصومة لغط وسفه قالوا موضع لا يكره فيه القضا اذا
اتفق فلم يكره الجلوس فيه للقضا كغيره قلنا يبطل بالبيع والشرى

في المسجد اذا اتفق من غير كراهة والقعود للجلوس فيه للبيع والشرا
من غير كراهة فاعرفه فصل فان جلس في المسجد لغير
الحكم فحضر خصمان لم يكره ان يحكم بينهما لما روى الحسن
البصري قال دخلت المسجد فرأيت عثمان بن عفان رداه
ونام فاتاه سقا بقربة ومعه خصم فجلس عثمان فقضى بينهما
فصل وان جلس في البيت لغير الحكم فحضره خصمان
لم يكره له ان يحكم بينهما لما روت ام سلمة قالت
اختصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان من
من الانصار في مواريث متقادمة فقضى رسول الله
صلى الله بينهما في بيتي فصل وان احتاج الى اجرا
لاحضار الخصوم اتخذ اجراء امنا ويوصيهم بالرفق بالخصوم
ويكره له ان يتخذ حاجبا او بوابا في الوقت الذي
يحكم فيه من غير حاجة لانه لا يؤمن ان يمنع من له ظلامة
ويقدم خصما على خصم فان دعت الى ذلك حاجة اتخذ امينا
بعيدا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من
الخصوم لان الخصوم يجتمعون عنده ويطلب كل واحد منهم
التقدم اليه فلا يمكن الا ان يقدم الاول منهم فالاول واستحب
بعض الناس ان يكون الذي يقف على راس القاضي خادما
لا يطلب النسا قال في الافصاح وهذا لا وجه له لان الشيخ

النائمون والكهل يؤمن منهما الخوف عليهن فصل
يكره للامام ان يتخذ حاجبا لانه ربما يقف في تقريح الباس عطش
من يحجبها ويكثر الزحام لانتظار الفصل وكان يرفا حاجب عمر ينظر
في جميع المصالح فيدعو الحاجة الى ان يجعل لكل مصلحة بوابا
لا يدخل فيه كل احد فصل ويستحب للقاضي ان
يكون له حبس لان عمر اشترى دارا بمكة باربعة الاف درهم وجعلها
سجنا واتخذ علي سجنا وحبس عمر الحطيئة الشاعر فقال
ماذا تقول لافراخ بذي مرخ حمر الحواصل لا ماء ولا شجر
القيت كاسبهم في قعر مظلمة فارحم سلام الله عليك يا عمر
٥ فخلاه وحبس ايضا شخصا اخر ٥
فقال
يا عمر الفاروق طال حبسي وملني اخوتي وعرسي
في حدث لم يقترفه نفسي الامر اضوا من شعاع الشمس
ولانه قد يحتاج اليه للتاديب واستيفاء الحق من المماطل بالدين
ويستحب ان يكون له درة للتاديب لان عمر رضي الله عنه كان
له درة يؤدب بها فصل واذا احتاج القاضي الى
كاتب بان اتسع عمله وكثر التخاصم اليه وغير ذلك استحب له ان يتخذ
كاتبا لان النبي عليه السلام كان له كتاب منهم علي بن ابي
طالب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ولان الحاكم يكثر اشغاله

وبطؤه في الغالب فلا يمكنه ان يتولى الكتابة على المحاضر والسجلات
وغير ذلك بنفسه واذا لم يكن له من ينوب عنه شق عليه
فاستحب له ذلك ويستحب ان يكون فقيها لانه اذا كان
فقيها عرف مواضع الالفاظ وفرق بين الواجب والجائز
ويستحب ان يكون جيدا الخط حتى لا يشتبه خط بعضه
ببعض ويحرص ان يكون شيخا او كهلا لتغلب عليه السكينة
والوقار وان يكون وافر العقل مستيقظا نزها لانه اذا
لم يكن وافر العقل مستيقظا لم يؤمن ان ينخدع في بعض
ما يتولاه واذا لم يكن نزها لم يؤمن ان يستمال بالطمع وفي
شرطه ان يكون عارفا بما يكتب به القضاة من الاحكام
وما يكتبه من المحاضر والسجلات لانه اذا لم يعرف ذلك افسد
ما يكتبه بجهله وهل من شرطه ان يكون بالغا عاقلا مسلما
عدلا فيه وجهان احدهما ان ذلك شرط وهو الذي ذكره
صاحب الشامل وسائر اصحابنا وهو الصحيح ولا يجوز
ان يكون كافرا لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تتخذوا
بطانة من دونكم اي خاصة من دونكم اي من دون المسلمين فنهى
المؤمنين ان يجعلوا الكفار من الخواص عندهم وقوله
صلى الله عليه وسلم لا تستضيئوا بنار المشركين قيل في
التفسير لا تستشيروهم ولان ابا موسى الاشعري قدم على

عمر ومعه كاتب نصراني فانتهره عمر اي زبره ومعناه
المنع من ذلك وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم
وقد ابعدهم الله ولا تعزوهم وقد اذلهم الله ولان الكافر
عدو للمسلم فلا يؤمن ان يكتب ما يبطل به حقوقهم ولا يجوز
ان يكون فاسقا لانه لا يؤمن ان يخون ولا يجوز ان يكون
مراهقا ولا عبدا لانهما ليسا من اهل العدالة ولان الامر
فيه يجري مجرى الامناء على اموال الايتام وغيرها فاعتبر فيه
البلوغ والحرية كالامين والوجه الثاني ان ذلك مستحب اي
ان يكون عدلا فان كان فاسقا او مراهقا او عبدا جاز
لان ما يكتبه لا بد ان يقف عليه القاضي ثم يمضيه فيؤمن فيه
الخيانة فان اراد ان يستكتب في خاصة امره من داره
وضياعه جاز له ان يستكتب من شاء الا ان الاولى ان يكتب
مسلما عدلا لما مضى وهكذا الحكم فيه اذا احتاج القاضي
لاتساع عمله الى كاتبين او ثلاثة ويكون رزقهم من بيت
المال كرزق القاضي الا ان يجد من يتطوع بذلك فلا يدفع
اليه الرزق من بيت المال لما مضى في القاضي اذا تطوع بالقضاء
فصل وينبغي للقاضي ان يتخذ شهودا معينين لا يقبل
شهادة غيرهم بل يحضرهم بانهم عدول دون غيرهم لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فعم ولم يخص ولان في

ذلك تضييقا على الناس واضرارا بهم في حفظ حقوقهم باحتياج
كل من اراد منهم الاستيثاق بالشهادة الى تتبع الشهود
المعينين والمضي الى مواضعهم وتعطيل اكثر الحقوق لان من
الحقوق ما يجب بالعقود والخروج في كل محل والسفر في امكنة لا
يحضرها الشهود المعينون في الغالب وربما سمع ما بين
متخاصمين رجلان ليسا من المرتبين فاذا لم تقبل فيها شهادة
غيرهم ضاعت وبطلت ولان شروط العدالة لا تختص بالمعينين
فلم يجز تخصيصهم بالقبول وان كان في الترتيب تخفيف من وجه
وهو ان الناس يستشهدونهم ويكتفون بهم واذا لم يكونوا مرتبين
ربما استشهد من لم يكن عدلا غير انه اذا ادعى رجلا
حقا بشهادة رجلين غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته
والنظر في عدالته على ما ياتي بيانه ولا يجوز له ان يرد شهادته
حيث لم يكونا من المرتبين واذا فعل ذلك خالف نص الكتاب
والسنة واجماع الامة **فصل** ويتخذ القاضي قوما من
اصحاب المسائل ليتعرف بهم احوال من جهلت عدالته ممن يشهد
عنده من الشهود وينبغي ان يكون اصحاب المسائل عدولا برآء
من الشحناء بالمد اي من العداوة والبغض بينهم وبين الناس
بعداء من العصبية في نسب او مذهب واللجاج حتى
لا يحملهم ذلك على جرح عدل او تزكية غير عدل لانه اذا لم يكن

عدلا لم يؤمن ان يرتشي فيحمله ذلك على جرح العدل وتزكية
غير العدل ولان غير العدل لا يبالي بما يقول ولا يؤمن منه مثل
ذلك واذا لم يكن بريئا من العداوة والبغض للناس بل كان
حقودا عليهم لم يؤمن ان يطعن في الشهود ليضيع حق
المشهود له واذا كان من اهل الاهواء والعصبية لم يؤمن
ان يحمله ذلك على جرح من كان من غير حزبه من غير فسق
وعلى تزكية من كان من حزبه من غير عدالة واذا كان لجوجا
لم يؤمن ان تحمله لجاجته وتشدده على جرح العدل وتزكية
غير العدل وينبغي ان يكونوا وافري العقول اي كاملي العقول
ليصلوا بوفور عقولهم الى المطلوب ولا يسترسلوا اي
لا ينبسطوا مع الناس ولا يستأنسوا بهم فيسالوا عدوا او
صديقا لان العدو يظهر القبيح عمن يعاديه ويخفي الجميل والصديق
يظهر الجميل عن صديقه ويخفي القبيح **فصل** فان شهد عند
القاضي شاهد نظرت فان علم القاضي عدالته بان كان
من جيرانه او كان قد شهد عنده وزكي ولم يطل المدة قبل
شهادته وان علم فسقه في الظاهر والباطن او في الباطن
خاصة لم يقبل شهادته ويعمل في العدالة والفسق والحال
هذه بعلمه قولا واحدا وان جهل اسلامه لم يحكم حتى يسأل
عن اسلامه ولا يعمل في اسلامه بظاهر الدار كما يعمل في اسلام

اللقيط بظاهر الدار لان اعرابيا شهد عند النبي عليه السلام برؤية
الهلال فلم يقبل شهادته حتى سال عن اسلامه فقال أتشهد ان
لا اله الا الله فقال نعم فقال اتشهد اني رسول الله قال نعم فصام وامر
الناس بالصيام ولانه يعلق بشهادته ايجاب حق على غيره فلا يعمل
فيه بظاهر الدار ويرجع في اسلامه الى قوله لان النبي عليه السلام
رجع الى قول الاعرابي وان جهل حريته ففيه وجهان احدهما
وهو ظاهر النص للشافعي انها تثبت بقوله لان الظاهر من الدار
حرية اهلها كما ان الظاهر من الدار اسلام اهلها ثم تثبت الاسلام
بقوله فكذلك الحرية يجب ان تثبت بقوله والثاني وهو الاظهر
انها لا تثبت بقوله بل يفتقر فيها الى من يشهد له بها والفرق
بينها وبين الاسلام انه يملك الاسلام اذا كان كافرا فيقبل اقراره
به ولا يملك الحرية اذا كان عبدا فلم يقبل اقراره فصل
وان جهل عدالته بان كان غريبا لا يعرف حاله وان كان ظاهر
العدالة ولا يعلم باطنها لم يحكم بشهادته حتى تثبت عدالته سوا
كان ذلك في الحدود والقصاص او في العتق والطلاق
او المال وغير ذلك وبه قال ابو يوسف ومحمد واحمد بن حنبل
وقال ابو حنيفة ان كانت الشهادة في حد او قصاص لم يحكم
حتى تثبت عدالته في الباطن وان كانت في غيرهما حكم بظاهر
العدالة الا ان يطعن الخصم في الشاهد فيبحث حينئذ عن

عدالته دليلنا قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن
ترضون من الشهداء ولا يعلم انه مرضي قبل السؤال والبحث
وروى سليمان بن حرب وفي بعضها ابن حريث قال شهد رجل
عند عمر بن الخطاب فقال له عمر اني لست اعرفك ولا يضرك اني
لا اعرفك فاتني بمن يعرفك فقال رجل انا اعرفه يا امير المؤمنين
قال باي شيء تعرفه قال هو جاري اعرف ليله ونهاره
ومدخله ومخرجه قال لا قال فعاملك بالدينار والدرهم
اللذين يستدل بهما على الورع قال لا قال فصاحبك في السفر
الذي يستدل به على مكارم الاخلاق اي الحلم والصفح قال لا
قال لست تعرفه ثم قال للرجل ائتني بمن يعرفك فلو لم يجب
البحث لم يؤخر الحكم ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولانه لا يؤمن
ان يكون فاسقا فلا يحكم بشهادته الا بعد معرفة عدالته
كالحكم في الحدود والقصاص فان قيل لكم اذا
وقع لم يمكن تلافيه قيل الوطي في النكاح ايضا لا يمكن تلافيه
والاحتياط فيه كالاحتياط في الحدود واشد ولان
الجميع يثبت عند غيركم واحد من مع هذا الفرق ولانه
عدالة يجب السؤال عنها اذا طعن فيه الخصم فوجب السؤال
عنها في غير طعن كالعدالة في شهود الحدود ولانه سؤال
يلزم في شهود الحدود فلزم في شهود المال كالسؤال عن اسلامه

فان قيل الاسلام عرف ثابت من طريق الظاهر والعدالة ثابتة
من طريق الظاهر قلنا الظاهر ممن هو في دار الاسلام
انه مسلم ولهذا اذا وجدناه ميتا غسل وصلي عليه ودفن في
مقابر المسلمين فسقط ما قاله فان احتجوا بقوله تعالى وكذلك
جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهدا على الناس قلنا وقد قيل
في التفسير المراد به ان هذه الامة تشهد القيمة على ساير الامم
بالتكذيب الذي كان منهم في حق الانبيا وقيل المراد به
انهم شهدوا انما اجمعوا عليه ولهذا اضاف ذلك الى جميع الامة
وان احتجوا بقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في حد او محدودا في قذف قلنا المراد به اذا وافق
الظاهر الباطن في العدالة كما قالوا في الحدود وان احتجوا
بان اعرابيا شهد برؤية الهلال فسال النبي عليه السلام عن
اسلامه ثم امر بالصوم قلنا لعله سال عن عدالته ولم ينقل
لانه سال عنه سرا ولان المسلمين في زمن النبي عليه السلام كانوا
عدولا لان من صار منهم الى الاسلام وترك دينه في زمانه
عليه السلام اثنى الله تعالى عليه ووصفه بالعدالة فلم يحتج الى
الى البحث عن حاله قالوا ما قبل فيه قول النسا لم يجب
البحث فيه عن العدالة كاخبار الرسول صلى الله عليه وسلم
قلنا الا انه بمنزلة ما لا يقبل فيه قول النسا في اعتبار العدالة

فكان كهو في البحث عن العدالة والاصل غير مسلم وان سلم
فلان الاخبار يقبل من العبيد ويقبل من غير لفظ الشهادة
ويقبل فيه العنعنة ويقبل عند بعضهم مع الارسال بخلاف
الشهادة قالوا ما ثبت في الظاهر لم يجب السوال فيه عن
الباطن كالاسلام قلنا باطن الاسلام لا يوقف عليه
ولهذا لا يجب ذلك في الحدود ويجب هذا قالوا الظاهر
منه العدالة لان المسلم لا يفعل ما يقدح في عدالته ولان
الاصل العدالة وانه لم يرتكب ما يفسق به فلا يجب السوال
عنه كالفقير في دفع الزكاة اليه والما في الطهارة قلنا
لا نسلم ان الظاهر العدالة فان المسلم قد يفعل ما يقدح في
عدالته وهو الاكثر فلا نسلم ان الاصل العدالة فان الظاهر
المسلم قد يفعل ما يقدح في عدالته وهو الاكثر ولا نسلم ان
الاصل العدالة فان الصبي لا يوصف بالعدالة بل الظاهر في
افعاله السفه والكذب وانما يكتسب العدالة بالافعال
بعد البلوغ وذلك غير معلوم قبل البحث ويخالف الفقير
والما فان الاصل عدم المال وطهارة الما ولانه يبطل
بالحدود ولان الظاهر من الدار ايضا الاسلام لم يجب
السوال عنه ايضا اذا جهله قال لو وجب البحث لوجب
في شهود النكاح عندكم قلنا من اصحابنا من اوجب البحث

عن عدالتهم وان سلم فلان ذلك سواله العامة ويشق
عليهم البحث عن عدالتهم فاكتفي فيه بالعدالة الظاهرة
والحكم عند الحاكم والا فتعين عليه في البحث عن العدالة
في الظاهر والباطن فامتنعا فصل واذا اراد
ان يعرف عدالته كتب اسمه وكنيته ان كانت له
ويرفع في نسبه حتى يتميز به من اقرانه وكتب حليته
من طول او قصر ونحو ذلك وصنعته وسوقه وما يعيش به
ومسكنه ومصلاه حتى لا يشتبه بغيره ويذكر من
يشهد له باسمه ونسبه وساير ما يتميز به عن غيره حتى
لا يكون ممن لا يقبل شهادته له من والد وولد او شريك
ويذكر من يشهد عليه باسمه ونسبه كذلك حتى لا يكون عدوا
لا يقبل شهادته عليه ويذكر قدر ما شهد به لانه قد يكون
ممن يقبل اي المزكي قوله في قليل ولا يقبل قوله في كثير
لان الانسان قد يزكي في الشي القليل ولا يزكي في الشي الكثير
ويبعث ما كتبه مع اصحاب المسايل ويجتهد ان لا يكون
اصحاب المسايل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال في
تعديل الشهود ولا عند المشهود عليه حتى لا يحتال في جرح
الشهود ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل انفسهم ولا
عند المسولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعدا في الجرح

140

ولا الاصدقا في التعديل ويجتهد ان لا يعلم اصحاب المسايل
بعضهم ببعض بل يدفع الى كل واحد منهم الرقعة التي كتبها في
ذلك من غير ان يعلم بها الاخرون حتى لا يجمعهم الهوى على التوا طي
على الجرح والتعديل ثم ان شا الحاكم عين لصاحب مسلته
من يساله ممن يعرفه من جيران الشاهد واهل الخبرة به وان
شا امره بالسوال عنه مطلقا من غير ان يعين له المسول
ولا يسال غير ان هو عدل ولا صديقا لما مضى ولا يسال
الا من علم بقدم معرفته وصحبته له حتى لا يخفى عليه امره
ولا يختلف عليه احواله فان من معرفته به قريبة الحصل
من جهته المقصود من ذلك ويكون السوال سرا الا انه اذا
كان ظاهرا لم يومن ان يخاف المسول من ان هو والمشهود
له ويستحي منهما فلا يظهر ما عنده من امره فصل
قال ابو حنيفة رضي الله عنه ولا يثبت الجرح والتعديل بواحد
دليلنا في التعديل هو انه اثبات شهادة عند الحاكم فاعتبر
فيها العدد كالشهادة على الشهادة وفي الجرح هو انه
صفة فيمن يرد به الشهادة فلا يثبت بقول واحد
كالرق ولان الجرح يقدم على التزكية فلو قبل من واحد
لقدم على تعديل اثنين قالوا الجرح يجري مجرى الاخبار بدليل انه لا
يعتبر فيه لفظ الشهادة ويقبل من الوالد لولده ويقبل فيه

قول اصحاب المسايل قلنا بل هو كالشهادة بدليل انه لا يقبل
تزكيته لخصمه ولا يقبل ممن يرتاب به قبل ان يسال ولا يستوي
فيه الشاهد وغيره بخلاف الاخبار واما لفظ الشهادة
فهو معتبر فيه عندنا واما شهادة الوالد لولده بالتزكية فلا
تقبل ايضا عندنا وفي قول اصحاب المسايل وجهان قال ابو اسحق
المروزي لا يكفي ذلك حتى يحضر المزكي ويشهد وقال ابو سعيد
الاصطخري يكفي قول الرسول لان المزكي لا يلزمه الحضور
للشهادة لذلك فاكتفي بقول الرسول للحاجة ٥

فصل واختلف اصحابنا هل يحكم القاضي في الجرح
والتعديل باصحاب المسايل او بمن عدل او جرح من الجيران
فقال ابو اسحق المروزي يحكم بشهادة الجيران لانهم
يشهدون بالجرح والتعديل ولا يحكم بقول اصحاب المسايل
لانها شهادة على شهادة فلا تقبل مع حضور شهود
الاصل فعلى هذا يجوز ان يقتصر على قول الواحد من اصحاب
المسايل ويجوز بلفظ الخبر ويسمي للحاكم من عدل او جرح ثم
يسمع الحاكم الشهادة بالتعديل والجرح من المزكين و
الجيران على شرط الشهادة في العدد ولفظ الشهادة وحمل
قول الشافعي في العدد على المزكين من الجيران لانا ان قلنا
انه يبعث رجلين ليبحثا عن ذلك ثم يبني الحكم على قولهما ادى

الى ان يحكم في ذلك بقول واحد اذ كل واحد منهما يعود اليه
بالخبر عن واحد من المزكين وان قلنا يبعث اربعة ثم يبني
الحكم على قولهم لم يجز لانها شهادة على شهادة ولا تقبل شهادة
شهود الفرع مع حضور الاصل وقال ابو سعيد الاصطخري يحكم
بشهادة اصحاب المسايل وهو ظاهر النص لانه موضع حاجة
لان المزكين من الجيران لا يلزمهم الحضور عند الحاكم
للشهادة بالتزكية او الجرح فيمن سئلوا عنه ولا للحاكم اجبارهم
على الحضور فصار ذلك كالمرض والغيبة وساير الشهادات
فجاز ان يحكم بشهادة اصحاب المسايل وعلى هذا لا يجوز ان يكون
من اصحاب المسايل اقل من اثنين ويجوز ان يكون من خبرهم
من الجيران واحدا اذا وقع في نفوسهم صدقه ويجب ان
يشهد اصحاب المسايل عند الحاكم على شرط الشهادة في العدد
ولفظ الشهادة وحمل قول الشافعي في العدد على اصحاب المسايل
ويجوز لهم ان يشهدوا على تعديله بلفظ الشهادة اذا اخبرهم
بعدالته واحد من الجيران ووقع في نفوسهم صدقه وان اخبروا
عن جرحه بلفظ الخبر عنه ويتوقف الحاكم عن الحكم بشهادته
وان ظهر جرحه لانه ليس الغرض افتضاحه وانما الغرض معرفة
حاله لكن يقول للمشهود له زدني في شهودك فصل
ويفوض الاجتهاد اليهما في ذلك او ارسلهما الى اناس معينين في السوال عنه

p. [143]-144

في ان يعتمد على قولهما الا على قول المزكيين من الجيران هكذا ذكره
ابو الفتح سليم وغيره من اصحابنا وذكر ابو نصر في
الشامل انه ان فوض اليهما الامر في ذلك اعتبر العدد في
اصحاب المسائل في المزكيين ولا يقبل الا من اثنين ولا يسمع
الشهادة في الجرح والتعديل الا من اصحاب المسائل وان عين
لهما من يسال من الجيران عن عدالته كان على التفصيل الذي
مضى والمشهور هو الاول **فصل** فان بعث الحاكم في
ذلك اثنين فعاد بالجرح قبل الشهادة حكم بالجرح وقال للمشهود
له زدني في شهودك وان عادا بالتعديل قبل الشهادة وحكم بالتعديل
وعاد الاخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما في جرح ولا تعديل
وبعث بالثالث فان عاد بالجرح كملت بينة الجرح وان عاد بالتعديل
كملت بينة التعديل وان شهد واحد بالجرح واثنان بالتعديل بينة
كملت بينة التعديل دون الجرح وان شهد اثنان بالجرح واثنان
بالتعديل حكم بالجرح لان شاهد الجرح يخبر عن امر باطن لان الجرح
يكون بارتكاب ما لا يجوز بالشرع ولا يستحسن في المروات وذلك
وذلك مما يخفيه الانسان من نفسه جهده وشاهد العدالة يخبر
عن امر ظاهر لان العدالة تكون بالطاعات وصفات الكمال
وذلك مما لا يكتم في العادة فيكون الظاهر من المزكيين انهما انما
شهدا بما عرفاه من ظاهر حاله وفي الجارحين انهما انما جرحاه

144

لعلمهما بباطن حاله فيكون ذلك زيادة علم فقدم قولهما لذلك
كما لو شهد اثنان بالاسلام وشهد اخران بالردة وان
شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح
لان بينة الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل فان كانت
الزيادة مع المزكيين بان يكون الرجل مقيما في بلد ثم ينتقل الى
بلد اخر فجرحه رجلان من اهل البلد الاول وزكاه اخران
من اهل البلد الاخر او يقول اثنان انه زنا او سرق ويقول اخران
انه تاب من ذلك وحسن حاله قدمت التزكية لانا انما قدمنا
شاهدي الجرح في المسالة الاولى لمكان الزيادة التي في شهادتهما
والزيادة هاهنا في المسالة مع المزكيين فكانت شهادتهما بالتقديم
احق كما لو شهد شاهدان ان هذا الملك لفلان الى ان مات وشهد
اخران فلانا باعه قبل ان يموت كانت بينة البيع مقدمة على الاولى
لانها علمت ما خفي عن شاهدي الملك فكذلك بينة القضاء
مقدم على بينة الدين لذلك **فصل** ولا يقبل الحاكم الجرح الا
مفسرا وهو ان يذكر السبب الذي به جرح بان يكون يقول
زنا او سرق او نهب ونحو ذلك فاما ان يقول هو مجروح او فاسق
فلا يقبله وبه قال احمد وقال ابو حنيفة يكفي ان يقول هو فاسق
او مردود القول دليلنا هو ان الناس يختلفون فيما يفسق
به الانسان فمنهم من يقول يفسق بشرب النبيذ وهو مذهب مالك

ونحو ذلك ولعل من شهد بفسقه شهد على اعتقاده والحاكم
لا يعتقد ان ذلك فسق والجرح والتعويل الى راى الحاكم
وجب بيانه ليستطرفه ولانه لم يثبت فسقه عند الحاكم
فاسقه اذا قال رايته يشرب النبيذ فان احتجوا بقوله
صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه يوم القيامه
واذا امرناه بكشف سببه امرناه بهتك ستره وهو
مخالف لهذا الخبر قلنا اراد به اذا لم يدع الحاجة الى الكشف
ولهذا قال اذكروا الفاسق بما فيه يحذره الناس قالوا
اذا امر بكشف سببه فربما كان سببه زنا فيصير قاذفا
له ويصير خصما للمجروح فلا يقبل جرحه له وتفسيقه اياه
قلنا هذا لا يصح لان الجرح والتعديل عندنا شهادة ولا يصير
بالشهادة قاذفا كما لا يكون شهود الزنا قذفة بالشهادة
على الزنا ويدل على صحة هذا ان الحاكم اذا ساله عن الشهود
فاما ان يكون الجواب عنه واخباره بما ساله واجبا عليه
او مندوبا اليه ولا يجوز ان يكون قذفا وقد وجب عليه او
ندب اليه ويدل عليه انه اذا قال رجل لرجل يا فاسق عزر
واذا قال ذلك في الجواب عن سؤال الحاكم لم يجز ان يعزر فبان الفرق
بينهما قالوا اذا ذكر ما يوجب الرد فانه اذا قال رايته يشرب
الخمر قلنا ذكر ما يوجب الرد عنده والاعتبار بما يوجب الرد

عند الحاكم قالوا في التزكية يكفي ان يقول هو عدل فكذلك في
الجرح يكفي ان يقول هو فاسق قلنا الا ان ما يصير به عدلا يشق ذكره
لكثرته وما يصير به فاسقا لا يشق قالوا ولو كلفناه البيان
الزمناه ان يقذفه قلنا القذف ما قصد به الحاق المعرة وها هنا
قصد الشهادة ودفع الظلم ولهذا يجوز ان يقول ها هنا هو
فاسق ولا يجوز في غيره **فصل** ولا يشهد بالجرح من يشهد
من الجيران واهل الخبرة بالشاهد الا ان يعلم سبب الجرح
بالمشاهدة في الافعال كالزنا والسرقة وشرب الخمر ونهب
المال او بالسماع في الاقوال كالشتم والقذف والكذب واظهار
ما يعتقده من البدع كالقول بخلق القران وسب السلف الصالح
او استفاض عنه ذلك اي ارتكاب الزنا او السرقة او شرب
الخمر او النهب او الشتم او القذف او الكذب او اظهار البدعة
بالخبر اي المتواتر لانه شهادة على علم فاما ما عرفه بخبر
الواحد فلا يحصل له العلم بذلك لكن له ان يشهد عند الحاكم بما سمع
ويعتبر فيه شرائط الشهادة على الشهادة لانه في معناه فاما اذا
قال بلغني او قيل لي انه يفعل كذا او يقول كذا او يعتقد كذا
لم يجز ان يشهد به لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون اي يوقنون
فصل واذا سال الحاكم الشاهد عن سبب الجرح فذكر له
سببه وكان زنا لم يكن قاذفا ولم يلزمه شيء سواء كان بلفظ الشهادة

او بغير لفظ الشهادة لان العرف ما يقصد به ادخال المعرف
على المعروف وهذا لم يقصد به ذلك وانما اراد اثبات صفته
ليبني الحاكم حكمه عليه فلم يلزمه ذلك فصل قال الشافعي
ولا يقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول عدل علي ولي فمن اصحابنا
من قال يكفي ان يقول هو عدل وهو قول ابي سعيد الاصطخري
لان قوله عدل يقتضي انه عدل عليه وله وما ذكره الشافعي
ذكره على سبيل الاستحباب وهو مذهب اهل
العراق وبه قال مالك واحمد ومنهم من قال لا يقبل حتى يقول
عدل علي ولي وهو قول ابي اسحق المروزي لان قوله عدلا لا
يقتضي العدالة على الاطلاق لانه قد يكون عدلا في شي دون
شي فان الانسان قد يكون عدلا في بعض الاشيا دون
بعض كما يجوز ان يكون صادقا في بعض الاشيا دون
بعض وقد يكون عدلا على قول بعض الناس دون البعض
فاذا قال عدل علي ولي اقتضى العدالة على الاطلاق ولان التزكية
لا يقبل الا ممن يقبل شهادته له والجروح لا يقبل الا ممن يقبل
شهادته عليه فاذا قال علي ولي امتنع بذلك ان يكون بينهما
عداوة لا يقبل معها الجرح او قرابة لا يقبل معها التزكية
وهذا التعليل اشبه لان من كان عدلا في شي دون شي لا يوصف
بالعدالة على الاطلاق كذلك من كان صادقا في شي دون شي

لا يوصف بالصدق على الاطلاق فصل وان قال المزكي
لا اعلم منه الا خيرا لم يقبل منه ذلك وحكي عن ابي يوسف انه قال
اقبل شهادته دليلنا هو انه لم يصرح بالعدالة فلا يكون
تعديلا كما لو قال اعلم منه خيرا قالوا اذا كان من اهل الخبرة
به ولم يعلم منه الا خيرا فهو عدل قلنا هذا لا يصح لانه يجوز ان
لا يعلم عدالته ولا فسقه لاشتباه حاله عليه فصل
ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته
بالشاهد في الظاهر للاثر الذي تقدم ذكره عن عمر ولان المقصود الباطن
معرفة العدالة منه في الباطن ولا يعلم ذلك من لم يتقدم به
معرفته ويقبل الجرح ممن تقدمت معرفته به وممن لم يتقدم
معرفته به لانه لا يشهد في الجرح الا بما شاهد او سمع او استفاض
عنه وبذلك يعلم فسقه وينبغي للقاضي اذا سال الشاهدين عنه
وعدلاه سرا ان يسالهما عنه علانية بان يقول لكل واحد
منهما هذا الذي زكيته فاذا قال نعم قبل شهادته لانه يامن
بذلك وقوع الغلط لموافقة الاسم الاسم والنسب النسب والصفة
الصفة فان ترك ذلك جاز لان التعديل قد حصل بالتزكية اولا
واذا رجعا اليه وقال كل واحد منهما هذا عدل علي ولي او قال
هذا فاسق لانه زنا او شرب الخمر سمع ذلك وبنى حكمه عليه
من غير ان يستكشف صفة معرفتهما بذلك من رؤية او سماع

لانهما شاهدان في ذلك فلا يلزمهما ان يبينا كيفية علمهما للشهادة
في ذلك كسائر الاشيا **فصل** ولا يقبل التعديل من
الوالد في حق الولد ولا من الولد في حق الوالد قال القاضي ابو الطيب
في المنهاج ولا خلاف عند اصحابنا فيه ووجهه انه متهم في
ذلك فلم يقبل منه كالشهادة وقيل يقبل وليس بشي **فصل**
ولا يقبل فيه النسا لانه لا يقبل الا فيما كان المقصود منه المال او ما
يطلع عليه الرجال مثل الولاده والرضاع وعيوب النسا التي
تحت الثياب وهذا ليس من ذلك على ما ياتي بيانه في موضعه
قالوا هذا خبر وليس بشهاده وخبر المراه الواحده يقبل في الديانات
فكذلك هاهنا قلنا لا نسلم هذا بل هو شهاده **فصل**
وان شهد مجهول العداله فقال المشهود عليه هو عدل ففيه
وجهان احدهما انه يجوز للحاكم ان يحكم بشهادته اي اذا كان
معه عدل او مع يمين الخصم لان البحث عن العداله حق المشهود
عليه وقد شهد له بالعداله والثاني انه لا يحكم لان حكمه بشهادته
حكم بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد ولان اعتبار العداله
في الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضي المشهود عليه بشهاده
الفاسق لم يجز للحاكم ان يحكم بشهادته **فصل** واذا قدم
قوم غربا الى بلد فشهد اثنان منهم عند الحاكم بحق لم يجز للحاكم
ان يحكم بشهادتهما الا بعد ان يعرف عدالتهما في الباطن او يزكيهما

150

من يعرف عدالتهما في الباطن دليلنا هو انه حكم بشهاده فلم
يجز الا بعد معرفه باطن الشهود كشهود الحضر ولان ما اشترط
في شهود الحضر اشترط في غيرهم كالاسلام ولان ما به العداله
يدل على العداله في الباطن الا ان العاده في الناس ان يتظاهرون بالطاعات
ويستترون بالمعاصي والفسق فان قيل لو لم يحكم بشهادتهم
الا بعد معرفه عدالتهم في الباطن ادى الى ضياع الحقوق
لان الحقوق قد تثبت في السفر ولا يعلم بها الا اهل الرفقه
ويتعذر على الحاكم معرفه عدالتهم في الباطن فدعت الحاجه
الى جواز الاقتصار على الظاهر قلنا ليس الامر كذلك
لانه لا يتعذر في العاده ان يكون في الرفقه اثنان او ثلاثه يعرف
الحاكم عدالتهم فيزكون الشاهدين او يكون في البلد من يعرف
قوما من اهل الرفقه فيزكونهم ثم يزكي اولئك القوم الشاهدين
وعلى انه لو تعذر ذلك لم يضع الحقوق لانهم اذا رجعوا الى
بلدهم شهد الشهود به عند حاكمهم وحكم بشهادتهم
فصل واذا ثبتت عداله الشاهد ومضى على ذلك
زمان ثم شهد عند الحاكم بحق نظرت فان كان بعد زمان قريب
حكم بشهادته ولم يسال عن عدالته لان الاصل بقاوه على العداله
حتى يعلم خلاف ذلك وان كان بعد زمان طويل ففيه
وجهان احدهما انه يحكم بشهادته لما ذكرناه من ان الاصل

p. [151]-152

تفاده على العداله فما لم يثبت عنده الجرح كان عليها والثاني
وهو قول ابي العباس المروزي انه لا يحكم بشهادته حتى يعيد
السوال عن عدالته الا ان مع طول الزمان يتغير الحال والزمان
القريب هو ثلاثة ايام فما دونها واما البعيد فقد حكي عن بعض
الناس انه قال يسال الحاكم عنه في كل ستة اشهر قال اصحابنا
وليس هذا مذهبنا وانما مذهبنا ان يرجع فيه الى العرف والعاده
في كل مده يجوز ان يتغير فيها حال الانسان فصل
وان شهد عند القاضي شهود وجهل عدالتهم وارتاب بهم اي
اتهمهم وشك فيهم بان لم يكن لهم سمت حسن وعفاف ظاهر
بحيث يشق التهمه اليهم فالمستحب للقاضي ان يفرقهم ويسال
كل واحد منهم على الانفراد عن صفه تحمل الشهاده فيقول
هل كتبت اول من شهد او كتب اولم يكتب وعن مكانه
الذي تحمل الشهاده فيه فيقول له اي مكان واي محله واي درب
واي موضع وعن زمان الشهاده فيقول له اي جزء شهر واي
يوم واي وقت لما روي ان اربعه شهدوا على امراه بالزنا عند
دانيال عليه السلام ففرقهم وسالهم فاختلفوا فدعا الله فنزلت
نار فاحرقتهم وروي ان داود عليه السلام شهد عنده قوم على
امراه ان كلبا اتاها فهم برجمها فقال عليه السلام لو كنت انا
لفرقتهم وتعالى انه امام صبيانا يشهدون ففرقهم فبلغ ذلك داود

152

عليه السلام ففرق الشهود فاختلفوا وروي عن علي رضوان الله
عليه ان سبعه نفر خرجوا ففقد واحد منهم فاتت زوجته
اليه فاستدعى البقيه فسالهم عنه فانكروا معرفتهم واقام
كل واحد عند ساريه ووكل به من يحفظه واستدعى واحدا
منهم فساله فانكر فقال الله اكبر فظن الباقون انه قد اعترف فاستدعاهم
فاعترفوا بقتله فقال للاول قد شهدوا عليك وانا قاتلك فاعترف
فقتلهم فان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم واستغنى عن
السوال عن عدالتهم لاعترافهم بالكذب وان اتفقوا وعظهم لما
روى ابو حنيفه قال كنت جالسا عند محارب بن دثار بالثاء المثلثه
نقطه وكسر الدال وهو قاضي الكوفه فجاء رجل فادعى على رجل حقا
فانكره فاحضر المدعي شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذي
به تقوم السموات والارض لقد كذبا علي في الشهاده وكان
محارب بن دثار متكيا فاستوى جالسا وقال سمعت ابن عمر رضي
الله عنه يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الطير
لتخفق بفتح التا وسكون الخا المنقوطه وكسر الفا باجنحتها
اي تضرب باجنحتها وترمي بما في حواصلها من هول يوم القيامه
وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوا اي مقعده من النار
فان صدقتما فاثبتا وان كذبتما فغطيا بفتح العين وكسر
الطا روسكما فغطيا رووسهما وانصرفا فان رجعوا عن الشهاده

سقطت شهادتهم وان ثبتوا على الشهادة بعث اصحاب
المسايل للسوال عنه على ما مضى بيانه وان كان الشهود ممن
لهم عقل وافر وحزم وفطنة لم يستحب له ان يفرقهم ولا ان يعظهم
لان في ذلك ازرا بهم وهاهنا وهنا وقد روي ان رجلا شهد
عند بعض القضاة ببستان فقال له كم فيه نخلة فقال الست
بالبستان اعرف من القاضي بداره فكم في دارك جذعا فسكت
عنه وقبل شهادته وبعث اصحاب المسايل للسوال عن حالهم
على ما مضى بيانه ويكون ذلك بعد ان يعظهم **فصل**
والمستحب ان يحضر مجلسه الفقها ليستشيرهم فيما يشكل عليه
من الامور الخفية التي يحتاج فيها الى النظر والاجتهاد على
ما ياتي بيانه لقوله تعالى وشاورهم في الامر قال الحسن البصري
ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاورتهم لغنيا
ولكن اراد ان يستن بذلك الحكام بعده ولقوله تعالى وامرهم
شورى بينهم ولان النبي عليه السلام شاور اصحابه في اسارى بدر
فاشار ابو بكر بالفدا واشار عمر بالقتل وشاور اهل المدينة
عام الخندق وشاور ابو بكر في الجدة ام الام وشاور عمر في
دية الجنين وروى عبد الرحمن بن قاسم عن ابيه ان ابا بكر
كان اذا نزل به امر يريد فيه مشاورة اهل الراي والفقه دعا
رجالا من المهاجرين والانصار دعى عمر وعثمان وعليا وعبد الرحمن

ومعاذ بن جبل وابي بن كعب وزيد بن ثابت فمضى ابو بكر
ثم ولي عمر وكان يدعوا هاولا النفر ولا مخالف لهم في ذلك
ولانه قد يتنبه بالمشاورة ويتذكر ما نسيه بالمذاكرة
فيكون اسرع في الاجتهاد واقرب في الصواب ومع ان
الاحاطة بجميع العلوم متعذر فاستحب له ذلك فيما اشكل
عليه فاما اذا كان حكما ثابتا بالكتاب والسنة
او الاجماع كالشفعة للشريك والخيار للمعتقة في تحت عبد ونحوهما
لم يحتج الى المشاورة لان المشورة فايدتها طلب الصواب فيما
يشكل عليه او زيادة استبصار فيما علمه مما يسوغ فيه
الاجتهاد ولا يكون لها معنى في المسايل المتفق عليها وهكذا
الحكم بالقياس الجلي وهو الذي لا يحتمل الا معنى واحدا نحو
قياس العبد على الامة في تنصيف الحد وقياس الامة على
العبد في تكميل العتق وقياس الاجارة على البيع في
المنع منها حين ندا الجمعة وما اشبه ذلك لا يحتاج الى المشورة
فصل فان اشتبه امر مشكل كالشفعة للجار والخيار
للمعتقة تحت حر شاورهم فيه ويكون فيهم من اهل كل
مذهب واحدا او اكثر ويشاور الموافق منهم والمخالف
ويسالهم عن حججهم ليتبين له الحق بالادلة ولا يشاور
الا امينا من اهل الاجتهاد لانه اذا لم يكن امينا لم يومن

p. [155]-156

ان يلتبس وجه الصواب عليه ميلا الى احد الخصمين واذا لم
يكن من اهل الاجتهاد لم يكن للرجوع اليه في احكام الحوادث
وطلب وجه الصواب فيها معنى ومنه معنى فان شاورهم
واتضح لهم الحق حكم به ولم يكن لمن يرى خلاف ما حكم به ان
يرد عليه لانه ان حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد اذا اداه اجتهاده
اليه فلا يجوز الاعتراض عليه فيه فصل وان لم يتضح
له الحكم فيه اخره الى ان يتضح ولا يقلد غيره وان كان اعلم
منه وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يجوز ان
يقلد من هو اعلم منه دليلنا ما روي ان النبي عليه السلام لما
اراد ان يبعث معاذا الى اليمن قال كيف تقضي اذا
عرض لك قضاء قال اقضي بكتاب الله قال فان لم تجد في
كتاب الله قال فبسنة رسول الله قال فان لم تجد في
سنة رسول الله قال اجتهد رايي ولا الوا على الالف اي
لا اقصر فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال
الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسول
الله ولانه قول يجوز له تركه باجتهاده فلا يجوز له ترك اجتهاده
له كقول من هو مثله او دونه ولان من لا يجوز له تقليد مثله
لم يجز له تقليد من هو اعلم منه كالمجتهد في القبلة ولانهما قد
استويا في طرق الحكم فلا يجوز له تقليده فيه كما نقول في مسائل

80
156

الاصول اي في معرفة الله تعالى وصفاته فان احتجوا بان
عبد الرحمن بن عوف دعى عثمان الى تقليد ابي بكر وعمر
في البيعة فقال هل انت مبايعي على كتاب الله وسنة
رسوله وسيرة الشيخين او قال وسنة الشيخين فقال اللهم
نعم فبايعه ثم بايعه الناس قلنا لا نسلم انما دعاه الى
تقليدهما وانما دعاه الى سيرتهما في حفظ البيضة وقتال
الكفرة ونصرة المسلمين والدليل عليه ان ابا بكر وعمر قد
اختلفا في الاحكام فكان ابو بكر لا يورث الاخ مع الجد
وعمر يجعل المال بينهما نصفين وكان ابو بكر اذا قسم مال
الفيء لا يفضل بالسابقة وكان عمر يفضل بها ويقول عمر لابي
بكر رضي الله عنهما اتجعل من هاجر الى الله تعالى وقاتل في
سبيل الله كمن انما دخل في الاسلام كرها ويقول ابو بكر
انما عملوا لله وانما اجورهم على الله وانما الدنيا بلاغ فاذا
كان هذا ولم يقلد احدهما الاخر دل على ان المراد ما قلنا عهما
في غير التقليد في احكام الشرع قالوا الاجتهاد مرتبة
اتته منه على علم والاجتهاد للاعلم مرتبة لقوة علمه فتساويا
فيجز بينهما قلنا يبطل بالمجتهدين في القبلة اذا كان احدهما
اعلم ولانه من جهة اجتهاده على علم وليس من جهة اجتهاده
الاعلم على علم موجب لعدم اجتهاده فصل وقال

p. [157]-158

ابو العباس بن سريج ان ضاق الوقت وخاف الفوت بان
يكون الحكم بين مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم
كما قال في القبلة اذا خاف فوت الصلاة وقد بينا ذلك
في كتاب الصلاة فاغنى عن الاعادة فصل وان
اجتهد فاداه الاجتهاد الى حكم فحكم به ثم بان له انه اخطا
في حكمه فان كان ذلك بدليل مقطوع به كالنص اي من
الكتاب والسنة والاجماع والقياس الجلي وهو الذي
لا يحتمل الا معنى واحدا كقياس العبد على الامة في تنصيف الحد
وقياس الامة على العبد في تكميل العتق وقياس الاجارة على
البيع فان المنع منها في وقت النداء الى الجمعة وما اشبه ذلك
نقض الحكم وحكي عن مالك وابي حنيفة انهما قالا لا ينقض
الحكم الا اذا كان مخالفا للاجماع ثم لم يجريا على هذه الجملة
لكن حكي عن مالك انه قال من حكم بالشفعة للجار
نقض حكمه وعن ابي حنيفة انه قال من حكم بشاهد ويمين نقض
حكمه وكذلك من حكم بالقرعة في عبيد العتق او بيع الذبيحة
التي لم يذكر اسم الله عليها عمدا نقض حكمه وكذلك من حكم بالقرعة
بذلك عنده وليس في شيء من ذلك اجماع والدليل على صحة مذهبنا
قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وقوله تعالى فان تنازعتم
في شيء فردوه الى الله والرسول وما روي عن النبي عليه السلام

انه قال من ادخل في ديننا ما ليس فيه فهو رد وما روي عن
عمر انه قال ردوا الجهالات الى السنة وكتب عمر الى ابي
موسى الاشعري لا يمنعك قضاء قضيت به بالامس ثم راجعت نفسك فيه
فهديت لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء
وان الرجوع الى الحق اولى من التمادي في الباطل ولانه مفرط
في حكمه لان نص الكتاب والسنة والقياس الجلي اذا تركه فقد
فرط فهو غير معذور فيه فوجب نقضه ولانه حكم بما لا يسوغ
فيه الاجتهاد فوجب نقضه كما لو خالف الاجماع فاما الحكم
بما يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه قلنا يبطل حكمه بما
لم ذكرناه عنهم ويخالف ما عدا ما ذكرناه لانه لم يفرط فيه لكونه
ظاهرا فان قيل اليس قد قلتم اذا تيقن الخطا في القبلة
لم يجب عليه الاعادة في احد القولين قلنا القبلة تسقط في
حال العذر مع العلم بها في حال المسايفة والخوف بترك الحق
الى غيره مع العلم به بحال ولان الصلاة من حقوق الله تعالى
وهي مبنية على المسامحة والقضاء مبني على حقوق الادميين
ومبناها على التشديد ولان القبلة يتكرر فيها الاشتباه
فيشق القضاء وها هنا اذا بان الخطا لا يعود الاشتباه
بعد ذلك فافترقا فصل وان بان له الخطا فيما يسوغ
له فيه الاجتهاد مثل ان خالف القياس الذي يحتمل معنيين نحو

قياس المطعومات على البر في تحريم التفاضل وقياس النكاح
على القصاص في انه لا يجوز فيه شهادة النسا وما اشبه ذلك
مما لا يخالف النص والقياس الجلي لم ينقض حكمه ويحكم فيما يستانف
بالذي هو اصوب عنده وقد اجمعت الصحابة على ذلك فان
ابا بكر حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر فيها ولم ينقض حكمه
وروي عن عمر انه قضى في المشركة بقضايا مختلفة فقيل
له في ذلك فقال تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا وقضى
في الجد بقضايا مختلفة وكذلك روي عن علي ولانه لا يقطع
بصواب اجتهاده الثاني بل يجوز ان يكون الاول صوابا
والثاني خطا واذا كان كذلك لم ينقض القضا الماضي بالامر
المحتمل ولانه لو نقض الاجتهاد بمثله ادى الى ان لا يثبت حكم
اصلا لانه يجوز ان يتغير اجتهاده بعد ذلك الحكم الاول ثم
يتغير عنه وفي نقض ذلك من العدم مشقة عظيمة وان
اجتهد ثم تغير اجتهاده قبل ان يحكم باجتهاده الاول بل يحكم
باجتهاده الثاني لانه اذا حكم بالاول حكم بما يعتقد انه باطل
ونظيره ان يجتهد في القبلة ثم يتغير اجتهاده قبل ان يصلي
فانه يصلي الى الجهة التي تغير اجتهاده اليها **فصل**
وان ولي قضا بلد وكان القاضي قبله لا يصلح للقضا بان كان
غير ثقة او غير عدل او غير ذلك مما تقدم ذكره نقض احكامه .

160

كلها اصاب فيها ام اخطا لانه حكم ممن لا يجوز له القضا فوجب
نقضه كالحكم في بعض الرعية وان كان يصلح للقضا لم يجب
عليه ان يتتبع احكامه لان الظاهر انها صحيحة لان الظاهر
من امر القضاة انهم يحكمون بالحق وانهم ان اخطاوا في بعضها كان
الخطا محتملا ما جرى امرهم على ذلك وان كان تتبعها من غير
متظلم فهل يجوز له ذلك ام لا فيه وجهان احدهما وهو اختيار
الشيخ ابي حامد الاسفرايني انه يجوز لان فيه احتياطا والجواز
ان يكون حق من حقوق الله تعالى قد وقع فيه خطا غير
محتمل فيتداركه اذ المطالبة في حق الله تعالى اليه ويدرس ذلك
ان ياخذ ديوان حكمه ويتامل احكامه حكما حكما وما وقع فيه
من حقوق الله تعالى كالطلاق والعتق ونحوهما فان كان حكم
فيه بما هو سائغ امضاه وان كان حكم فيه بما ليس بجائز
نقضه ورده وما كان من حقوق الادميين لم يتعرض له
من غير مطالبة صاحبه لان الحاكم لا يستوفي حقا لمن لا ولاية
له عليه من غير مطالبة منه به والوجه الثاني في اصل المسلة
انه لا يجوز له ذلك من غير متظلم لانه يشتغل بما لا يلزمه عن مستقبل
يلزمه **فصل** وان تظلم من القاضي قبله متظلم فان سال
احضاره لم يحضره حتى يساله عما بينهما لانه ربما قصد ان يبتذله
اي يمتهنه باحضاره عنده ليحلفه من غير حق وان قال لي عليه مال

من معاملة من بيع او قرض او قال من غصب او اتلاف او
دستوم احذها مني على حكم احضره الا ان الحاكم وغيره في
هذه الامور سوا واذا احضر فان اعترف بما ادعاه لزمه
رده وان انكر فان اقام المدعي البينة بذلك لزمه رده
وان لم يكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لان
الاصل عدم ما ادعاه وان قال اخذ مني كذا وكذا من
المال ودفعه الى فلان بغير حق فاحضره وادعى عليه بذلك
فقال بل كان ذلك بحق وجب عليك بشهادة عدلين او اقرار
فالقول قول المدعى عليه وهل يحلف على ذلك هو على الوجهين
في المسئلة بعدها ويرجع الى الذي دفع اليه فان صدق القاضي
انه حكم له بذلك واقام عليه البينة امضى الحكم وان لم يكن له
بينة لم يقبل قوله والقول المعزول انه كان حكم بذلك بل يلزمه
رده لان قول القاضي بذلك بعد العزل لا يقبل من غير بينة وسوا
كان الذي ادعاه باقيا او تالفا وحكي عن ابي حنيفة انه قال
ان كان تالفا فالقول قول المدعى عليه دليلنا هو انه
معترف باخذ ذلك منه واتلافه وذلك يوجب الضمان ودعواه
الحكم له به لا يقبل كما لا يقبل اذا كان باقيا وان لم يصادق
الحاكم على الحكم له بذلك بل قال هو لي لا من جهة الحكم فالقول
قوله مع يمينه لانه مدعى عليه فكان القول قوله مع يمينه كسائر

162

الدعاوي وان قال حكم بشهادة عدلين عبدين او فاسقين
وهو يعتقد انه لا يجوز قبول شهادة العبدين ففيه وجهان احدهما
انه يحضره من غير بينة كما يحضره اذا ادعى عليه مالا لان القضا
قد يكون في جهته فيتعذر عليه اقامة البينة على ذلك فكان
كدعوى المال والثاني انه لا يحضره حتى تقوم البينة بانه قد حكم
عليه بحكم ما لان القضا يكون ظاهرا فلا يتعذر عليه اقامة
البينة على الحكم ولان في احضاره وسواله امتهان له واعدا
القاضي كثير فاذا فعل ذلك معه لم يامن ان لا يدخل احد
في القضا خوفا من عاقبته وعلى الوجهين جميعا لا يحتاج الى
اقامة البينة بانه حكم عليه بشهادة الفاسقين او العبدين
فان قلنا انه يحضره من غير بينة او قلنا انه لا يحضره الا ببينة
فاقام البينة على ذلك فاحضره نظرت فان اعترف له بما ادعاه
لزمه ضمان ما حكم عليه به لان ذلك اتلاف وكان مضمونا عليه
وان انكر فان كان للمدعي بينة اقامها وان لم يكن له بينة فالقول
قول المدعى عليه وقال ابو حنيفة عليه اقامة البينة بانه حكم
بشهادة عدلين دليلنا هو انه امين في ذلك فاذا ادعى عليه
الخيانة كان القول قوله كما لو كان عنده مال او دعه فادعى المودع
فقال بل تلف بنفسه وهل يحلف عليه فيه وجهان احدهما
وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه لا يحلف لانه عدل والظاهر

والظاهر انه صادق لان الحاكم لا يكون الا امينا مجتهدا فيكون
الظاهر مما صدر منه انه صحيح جائز ولان في ذلك امتهان
وتنزيل قدر عنه لما مضى والثاني انه يحلف لانه امين ادعي
عليه خيانة فلم يقبل قوله من غير يمين كالمودع اذا ادعي عليه
خيانة فانكرها فصل وان قال جار علي في الحكم نظرت
فان كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد بان خالف نص
الكتاب او السنة بان حكم باباحة المطلقة ثلاثا لزوجها الاول
من غير ان يطاها الثاني نقض حكمه وان كان قد حكم عن ابن المسيب
جواز ذلك لانه خلاف السنة وهكذا ينقض الحكم ببيع ام الولد لانه
خالف السنة وكذلك ان حكم بنقض حكم قاض بشاهد ويمين
نقضه لانه خلاف السنة او خالف حكمه الاجماع او القياس
الجلي وهو الذي لا يحتمل الا معنى واحدا نحو قياس العبد على الامة
في تنصيف الحد وقياس الامة على العبد في تكميل العتق
وقياس الاجارة على البيع في المنع منها حال النداء للجمعة
وما اشبه ذلك نقضه كما ينقض على نفسه اذا حكم بما لا يسوغ
فيه الاجتهاد وقال مالك وابو حنيفة لا ينقض حكمه الا اذا
كان مخالفا للاجماع وقد مضى الكلام عليه بما يغني عن الاعادة
وان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد مثل ان يخالف القياس
الذي يحتمل معنيين كقياس المطعومات على البر في تحريم التفاضل

وقياس النكاح على القصاص في ان لا يقبل فيه شهادة النساء
وما اشبه ذلك وكثمن الكلب وضمان ما اتلف على الذمي من
الخمر لم ينقضه كما لا ينقض على نفسه ما حكم فيه مما يسوغ فيه
الاجتهاد وان كان ما حكم به النكاح بلا ولي فعلى قول الاصطخري
ينقضه وعلى الوجه الاخر لا ينقضه وان كان ما حكم به المفقود
زوجها بعد التربص وانقضاء العدة وقلنا بقوله الجديد فعلى
احد الوجهين ينقضه وعلى الثاني لا ينقضه وقد مضى بيان ذلك
كله في مواضعه وان كان ما حكم به نكاح المتعة لم ينقضه
قال الصيمري ولو قال قائل ينقض لثبوت الرواية بنسخه كان
مذهبا ولان الصحابة اجمعت عليه فان ابا بكر حكم في مسائل بالاجتهاد
وخالفه عمر ولم ينقض ما حكم به ابو بكر ولانا لو نقضنا ما يسوغ
فيه الاجتهاد لم يستقر لاحد حق ولا ملك لانه كلما ولي حاكم نقض
ما حكم به من قبله ولا يستقر لاحد حق ولا ملك فان قيل
فقد روي ما يخالف هذا روي ان شريحا حكم في ابني عم احدهما
اخ لام ان المال للاخ من الام فرفع ذلك الى علي كرم الله وجهه
فدعا باحضاره فجاء فقال له في اي كتاب الله وجدت
ذلك فقال قال الله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
فقال له علي فقد قال الله تعالى فان كان رجل يورث كلالة
او امراة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس ونقض حكمه

قلنا يحتمل ان يكون قال ذلك ولم يكن انفذ الحكم وانما هم بالحكم ويحتمل
ان يكون على اعتقاد انه خالف نص الكتاب في الامر التي ذكرها
فنقض حكمه فان قيل فان سليمان عليه السلام نقض حكم داود
عليه السلام ومعلوم ان داود لا يكون حكم بخلاف
النص بل يجوز ان يكون حكم بنص ضعف القياس بالاقوى
ويجوز ان يكون لم ينقضه وانما نبهه على الحكم قبل استقراره
فنبه داود بما نبه سليمان ويجوز انه قال انما اخبر الله تعالى
ان سليمان خالفه لا انه نقض حكمه واثنى على داود ونبه سليمان ويجوز
انه قال انما اخبر الله تعالى ان سليمان خالفه لا انه نقض حكمه واثنى
على داود لاجتهاده وحمد سليمان لصوابه لا ان احدهما نقض
حكم صاحبه ولان الانبيا لا يجوز ان يقروا احكاما يقع فيها
الخطا ولا سيما الله تعالى على ذلك وسليمان نبي فقد يمكن ان يكون
اوحي اليه في ذلك فنقض حكمه بالنص لا بالاجتهاد واذا نقض
من حكمه ما يجوز له نقضه لم يغسل تلك المحاضر والسجلات التي
كانت في ذلك عن الحاكم الاول ولم يحرقها بل يتركها ويثبت
سواها على ما جرت به العادة فصــــل فاذا دخل
القاضي الى منزله على ما مضى فاول ما يبدا به من امور الحكم ان
يتسلم ديوان الحكم وهو ما كان عند الحاكم قبله من المحاضر وهي
النسخ التي تثبت عند الحاكم والسجلات وهي النسخ التي حكم بها وما

85
166

وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم المودعة في
ديوان الحكم لان الاول كان يمسكه لحكم الولاية فاذا
انتقلت الولاية الى غيره كان عليه تسليمها اليه فاذا تسلم ذلك
خرج الى مجلس الحكم راكبا ان كان له ما يركب وماشيا ان
لم يكن له ذلك والمستحب له اذا خرج الى المجلس ان يدعو بدعا
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما روت ام سلمة قالت كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته قال اللهم اني اعوذ
بك من ان ازل او اذل او اضل او اضل او اظلم او اظلم او اجهل او يجهل
علي والمستحب له ان يسلم على من استقبله في الطريق وعلى من
كان عن يمينه وشماله وعلى من كان في مجلس الحكم والشهود والوكلا
والخصوم وغيرهم لما روي عن النبي عليه السلام انه قال يسلم
الراكب على الماشي والماشي على القاعد والقليل على الكثير
وفي رواية اخرى يسلم الماشي على القاعد القائم والقائم على
القاعد فاذا جا الى المجلس فان كان مسجدا صلى ركعتين
قبل ان يجلس لقوله صلى الله عليه وسلم اذا جا احدكم المسجد
فلا يجلس حتى يصلي ركعتين وان لم يكن مسجدا جلس ولم يصل
لان التحية لما عدا المسجد من الاماكن ويبسط له بساط او
غيره ليجلس عليه ولا يجلس على غيره ليكون اهيب له ويتميز
به عن غيره والمستحب له ان يجلس عليه مستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم

المجالس ما استقبل به القبلة ولانه قربة وفيه احتراز في
القعود في الاستنجا وكانت جهة القبلة فيها اولى كالاذان
والمستحب ان يفعل وعليه السكينة والوقار من غير جبرية
بفتح الجيم والبا وكسر الرا وتشديد اليا اي كبر ويحتمل
ان يكون بكسر الجيم وسكون الرا وهو قول ثعلب في الجبرية
ولا استكبار وهذا تاكيد له وهو ان يقعد غير متكي ويحرس
مجلس قضائه وحكمه من البذلة والجري عليه وما خرق الهيبة في
غير استكبار لما روي ان النبي عليه السلام راى رجلا
وهو متكي على يساره فقال هذه جلسة المغضوب عليهم
ويترك بين يديه القمطر بكسر القاف وفتح الميم وتخفيفها
وسكون الطا مختوما ليترك فيه ما يجتمع من المحاضر
والسجلات والمحاضر هي الكتب التي يكتب فيها قصة المتحاكمين
وما جرى بينهما في مجلس الحكم وما اظهر كل واحد منهما من حجة
والسجلات هي الكتب التي تجمع المحاضر ويزيد عليها بتنفيذ
الحكم وما اظهر كل واحد منهما من حجة والسجلات هي الكتب
التي تجمع المحاضر ويزيد عليها بتنفيذ الحكم وامضائه وينظر
فان لم يكن له كاتب كتب بنفسه ما يحتاج اليه وان كان
له كاتب لم يجلسه عن يمينه ولا عن شماله بل يجلس بين يديه
بالقرب منه ليشاهد ما يكتبه ولا يحتاج الى ان يلتفت اليه .

168

في ذلك ويملي عليه ما يريده وينظر اليه فان غلط في شي رده
عليه وان ترك شيا مما املا عليه او زاد فيه نبهه عليه
لانه لا يامن من وقوع مثل ذلك فاحتاج الى مراعاته لئلا
يرتكبه فيفسد عليه وان اختار ان يجلسه موضعا
معتزلا عنه ويبعث اليه ما يحتاج الى اثباته مما جرى بين يديه
ليكتبه فعل ذلك لانه يصل الى غرضه على كل واحد من
الوجهين واذا اقعده بالبعد منه ثم اقر بين يديه انسان
او حكى عن ذلك اثبت بنفسه جملا منه مثل ان يقول المدعي
فلان والمقر به كذا وكذا وما اشبه ذلك ثم انفذه
الى الكاتب ليكتب على ما يجب لانه اذا لم يثبت ذلك لم
يامن ان ينساه ثم يجحد المقر اقراره فيضيع ذلك على صاحبه
فصل والمستحب ان يبدا في نظر المحبسين لان الحبس
عقوبة وعذاب وربما كان فيه من يجب تخليته فيستحب
البداية بهم فينفذ الى حبس القاضي الذي قبله ثقة ليكتب
اسم كل واحد من المحبسين فيه واسم من حبسه وما حبسه
به ويامر مناديا ينادي في البلد ثلاثة ايام الا ان القاضي فلان
بن فلان يريد النظر في امر المحبسين في يوم كذا اي اليوم الرابع
فليحضر من له محبوس في ذلك اليوم مجلس الحكم ليسطر بينه وبين
خصمه وانما ينادي ثلاثة ايام لينتشر ذلك في جميع اهل البلد ويبلغ

اصحاب الحقوق ثم اذا كان ذلك اليوم وجلس للحكم وحضر الخصوم
نوك الرقاع التي فيها اسما المحبسين بين يديه ومد يده اليها واخرج
من اسما المحبسين على ما تخرج القرعة اسما واحدا واحدا وامر الذي
بين يديه ينادي ليحضر فلان بن فلان المحبوس فيحضر خصمه وبعثه
الحاكم مع ثقة الى الحبس لاحضار المحبوس ثم تخرج مثل ذلك
اسما اسما ويحضر من المحبوسين واحدا واحدا حتى يحضر من المحبوسين
العدد الذي يعلم انه يمكن من النظر في امورهم ويترك
الباقين ثم يخرج في اسما الذين احضرهم من المحبسين اسما
ويامر الذي بين يديه ينادي ليحضر فلان بن فلان وخصمه فاذا
جلسا بين يديه ثم يسال الخصم بماذا احبسه لان الظاهر انه حبسه
بحق وانما يقول للمحبوس هذا خصمك فان قال نعم قال بماذا
حبست فان قال حبسني على دين فابراه صاحب الدين منه
او قال على حد قذف او قصاص بعفو صاحب الحق عنه او
طالب به فاستوفاه منه اطلقه لانه امتنع لما حبس مع امكان
استيفائه وعليه يحمل قول صاحب الكتاب وان وجب اطلاقه
اطلقه وعلى تصديقه على اعساره واقام البينة عليه على
ما ياتي بيانه وان قال حبسني على دين حال وانا موسر به امره
بقضائه فان قضاه والا قام مقامه في القضاء عنه من ماله
فان لم يصل الى ماله رده الى الحبس حتى يقضيه حقه وعليه يحمل قوله

قول صاحب الكتاب وان وجب حبسه اعاده الى الحبس
وان قال حبسني عليه وانا معسر فان ثبت اعساره فان كان
وجوبه عن غير مال كالصداق وغرامة المتلف وما لزمه بالضمان
ولم يعرف فيما سلف مال ولم يكن للمدعي بينة بيساره وحلف
انه معسر اطلق لان الاصل الاعسار ولا يطلق حتى ينادي منادي
القاضي الا ان فلان بن فلان قد قضى القاضي بسه ديش
خصمه فان كان له خصم فليحضر لجواز ان يكون له خصم اخر حبسه
في غير المال كالقصاص وحد القذف او حبسه على مال
وجوبه عن مال اخر كالبيع والقرض فيعرفونه فاطلاقه استيفاؤه
فان حضر اخر نظر بينه وبينه ايضا وان لم يحضر غيره اطلقه
الى ميسرة ولم يحلفه في انه لا خصم له غيره لان الاصل عدم ذلك
وان لم يثبت اعساره فان كان ذلك وجوب ذلك الدين عن مال
اخر كالبيع والقرض وان لم يكن وجوبه عن مال اخر ولكن
عرف له فيما سلف مال اعيد الى الحبس ولم يقبل قوله في
الاعسار مع انكار الخصم اعساره من غير بينة لان الاصل عدم
الاعسار وان اقام بينة فان ماله تلف او اقام بينة بانه معسر
زال الاصل الذي ثبت وكان القول قوله في نفي ما يدعيه الخصم عليه
من انه موسر وان لم يثبت له اصل مال وادعى الخصم انه ملي
فان لم يكن للخصم بينة فالقول قول المحبوس مع يمينه انه معسر لما مضى

وان كان له بينة فان شهدت بان له مالا ولم تعين المال لم تسمع
به عن غرمه لم يقبل وان عينت المال بان شهدت بان له الدار
العلانية سأله الحاكم فان قال نعم كنت نسيته امره ان
يقضي الدين منه فان فعل والا باع عليه وقضى الدين منه
وان قال ليست لي وانما هي في يدي لغيري لم يقبل منه اقراره
الا ان يعين المقر له بها فان يقول هي لزيد فان امتنع من تعيينه
امره ان يقضي الدين على ما مضى وان قال هي لزيد فان كان زيد
حاضرا سئل عن ذلك فان اكذبه بيعت الدار وقضي الدين
من ثمنها لان اقراره سقط باكذابه وان صدقه زيد نظرت
فان اقام زيد بينة ان الدار له حكم له بالدار ولم تبع في الدين
لان له بينة ويدا باقرار المحبوس لان اليد للمحبوس وقد اقر بها
ولصاحب الدين بينة من غير يد فقدمت بينة زيد وان
لم يكن لزيد بينة ففيه وجهان احدهما انه يحكم بها لزيد ولا
تباع في الدين لان بينة صاحب اليد بطلت باكذاب
المحبوس لان في اقراره ان الدار لزيد تكذيب البينة التي شهدت
له بالملك فسقطت وبقي اقرار المحبوس بالدار لزيد
والثاني انه لا يحكم بها لزيد وتباع في الدين لان بينة صاحب
الدين شهدت للمحبوس بالملك وله قضاء الدين من ثمنها لان
اثبتت دينها على ملكه وله بعد مع ثبوت يد عليه استحقاق

خصمه ان يستوفي حقه منه فاذا اكذبها المحبوس سقطت
في حقه ولم تسقط في حق صاحب الدين وانه متهم في
اكذابها لانه قد يقصد بذلك ليخلص ماله ويعود اليه فلهذا
لم تسقط البينة بقوله فاذا قلنا تباع في دينه او قلنا يدفع
الى المقر له فان الحاكم لا يطلقه حتى ينادي ينادي به الا ان فلان
بن فلان قد قضى القاضي بينه وبين خصمه فان كان له خصم فليحضر
لجواز ان يكون له خصم اخر حبسه في غير المال كالقصاص
وحد القذف فيفوته باطلاقه استيفاؤه وان قال
حبسني لان البينة شهدت لي بكذا وكذا ولم يعرف الحاكم
عدالتهما فحبسني ليبحث عن ذلك فعلى قول ابي اسحق واكثر اصحابنا
يرده الى الحبس ولا يطلقه وعلى قول الاصطخري يطلقه ولا
يرده الى الحبس واصل ذلك ان من ادعى على رجل مالا واتى بشاهدين
مجهولي الحال وطلب حبس خصمه الى ان يبحث الحاكم عن عدالتهما
احبس لذلك على قول ابي اسحق وقد قال بقوله في الوكالة
الدعوى في حد قذف وعلى قول الاصطخري لا يحبس لذلك لان
الحق متعلق بماله فيمكن استيفاؤه وان تمادى وهرب ويفارق
صاحب القذف لانه متعلق ببدنه فلا نأمن ان يتوارى ويهرب
فلا يمكن استيفاؤه وان قال حبسني الحاكم على قيمة خمر او خنزير
اتلفته على نصراني او على ثمن كلب لانه كان يرى وجوب ذلك نظرت

فان ادى اجتهاده الى ما ادى اليه اجتهاد الحاكم الاول رده
الى الحبس وان ادى اجتهاده الى انه لا يلزمه ذلك ففيه قولان
احدهما انه يرده الى الحبس والثاني انه يقف فيه فان اطلقه
ولا يرده الى الحبس واصل ذلك ان الحاكم اذا حكم باجتهاده ثم
رفع الى غيره فادى اجتهاده الى خلاف ما حكم به ففيه قولان
احدهما انه يمضيه لانه امر يسوغ فيه الاجتهاد فوجب ان ينفذ
حكم الحاكم به لانه لا ينقض بالاجتهاد حكما ثبت بالاجتهاد والثاني
انه يقف فيه لانه يرى ان ذلك غير جائز ولا يجوز ان يمضيه وهو
ما يسوغ فيه الاجتهاد ولا يجوز ان ينقضه فيلزمه التوقف فيه
ثم ان لم يطلقه رده الى الحبس لانه لا سبيل له الى غير ذلك وان
كان في حبسه من قال لا خصم لي وانما حبسني بغير حق امر مناديا
ينادي بلا هل له خصم ام لا فان ظهر له خصم ساله عنه فان
قال صدق حكمت بينهما وان قال ما هو لي خصم
قال القاضي للخصم استانف الدعوى والمحاكمة ان اردت فان
ادعى عليه فانكر فان كان مع المدعي بينة انه حبسه بحقه
كان الجواب على ما مضى وان لم يكن معه بينة فالقول قوله مع يمينه
لان الاصل براءة ذمته وان لم يظهر له خصم احلفه الحاكم انه لا خصم
له وكان عليه اليمين مع ذلك لان الظاهر من امر الحاكم انه لم
يحبسه الا بحق ويفارق الذي يطالبه دينه خصمه ثم اراد ان.

يطالبه حيث لم يستحلفه لان الاصل ان الخصم له اكثر من
ذلك الواحد فصل ثم ينظر في امر الاوصياء اي الاوصياء
في الاطفال والمجانين لانهم يتصرفون في حق من لم يملك المطالبة
بماله وهم الاطفال والمجانين لان الصغير والمجنون لا يسمع قولهما فكانوا
بتقديم النظر في حقوقهم اولى وترتيب ذلك ان يحصي اسماءهم
ويستدعيهم ويتقدم وصيا وصيا وينظر في حاله فان ادعى
رجل انه وصي للميت لم يقبل قوله الا ببينة لان الاصل عدم الوصية
فان اقام على ذلك بينة فان كان عدلا قويا اقره على الوصية لانه
لا يخشى منه الخيانة ويمكنه القيام بالعمل وان كان فاسقا
لم يقره على الوصية واقام ثقة مقامه لان الوصية ولاية
والفاسق ليس من اهل الولاية وان كان عدلا ضعيفا
ضم اليه غيره من الثقات ليتقوى به لانه لا يخشى منه الخيانة
فلم يجز ان يزيل يده ولا يتمكن من القيام بالعمل فضم اليه غيره
من اهل الامانة وان شك في عدالته ففيه وجهان قال ابو
سعيد الاصطخري يقر المال في يده لان الظاهر من الوصي
الامانة وقال ابو اسحق المروزي ينتزع المال من يده حتى
يعلم امانته لانه ليس بحاكم يسكن الى فعله وان اقام
بينة ان الحاكم الذي قبله امضى الوصية اليه اقره على الوصية
ولم يسأل عن عدالته لان الظاهر انه لم ينفذ الوصية اليه الا

الا وهو عدل هكذا ذكره صاحب الكتاب وقال غيره لا يعزله
لما مضى ولكن يبحث عن حاله فان وجده ثقة قويا اقره وان
وجده فاسقا عزله وان وجده ثقة ضعيفا ضم اليه ثقة
قويا يعينه لما مضى في المسئلة قبلها وان كان وصيا في تفرقة
ثلثه فان لم يفرقه فالحكم في اقراره على الوصية على ما ذكرناه
في الوصية على الاطفال والمجانين فان كان عدلا قويا اقره على
الوصية وان كان فاسقا لم يعترض عليها وان كان عدلا ضعيفا
ضم اليه عدلا اخر لما مضى وان كان قد فرقه فان كان عدلا
لم يلزمه شيء لان الوصي اذا كان عدلا وفرق ما جعل اليه ان
يفرقه وقع موقعه ولم يكن فيه اعتراض وان كان فاسقا فان
كانت الوصية لمعينين وهم بالغون عاقلون لم يلزمه شيء
لانه دفع الموصى به الى مستحقه ووقع موقعه لا من جهة ولايته
ولكن من جهة حصوله في ايديهم كما لو اخذوه بانفسهم من
التركة وان كانت الوصية لغير معينين في الوصية
كالفقرا والمساكين ففيه وجهان احدهما انه لا يغرم لانه
دفع المال الى مستحقه فاشبه اذا كانت الوصية لمعينين
والثاني انه يغرم ما فرقه فيضمنه الحاكم منه ويدفعه الى
امين ليفرقه لانه فرق ما لم يكن له تفرقته فغرمه كما لو فرق
ما جعل تفرقته الى غيره فان اقام رجل البينة ان فلانا اوصى

بثلث ماله ولم يوص اليه لكنه فرقه خوفا عليه يطرق فان
كان لمعينين فلا غرم عليه وان كان لغير معينين ففيه وجهان
احدهما لا غرم عليه لانه اوصله الى اهله والثاني عليه غرمه
لانه تعدى بذلك لانه لا ولاية له حتى يتعين المستحق بعينه
فصل ثم ينظر في امنا الحاكم الذي قبله وهم الذين
نصبهم للنظر في حقوق الايتام والحجور عليهم لسفه ووقوف
المساكين والمساجد وتفرقة ثلث وصى به من لم يعين له وصيا
فمن كان عدلا قويا اقره على ما هو عليه ولا احتاج الى توليتهم
لان الذي قبله ولاهم ومن كان فاسقا عزله واقام غيره مقامه
ومن كان عدلا ضعيفا ضم اليه من يقويه وقال المحاملي في المقنع
ان كان الامين من اهل النظر والامانة اقره على نظره ان
شاء وان شاء عزله واقام غيره مقامه فصل ثم ينظر
في اللقطة واللقطة كالمتاع والاثمان والضوال الماشية
من الابل والبقر والغنم في الاوقاف العامة وغيرها من
المصالح يقدم الاهم فالاهم لانه ليس لها مستحق معين فيتعين
على الحاكم النظر فيها فاما الضوال فيشترط فيها فان كان
في بقائها غررا ويحتاج الى مونة باعها وحفظ ثمنها على
صاحبه واما اللقطة فالذي وجدها هو احق بها الا ان
لا يختار تملكها فانه يامر امينا باخذها ليحفظها على صاحبها

p. [177]-178

أو تركها في بيت المال على ما هي عليه لصاحبها وإن رأى أن يخلطها
بمال بيت المال حتى إذا جاء صاحبها أعطاه بدلها من بيت المال
فعل فإن كانت اللقطة مما يلزم فيها مؤنة كالطعام الكثير
باعه وحفظ ثمنه على صاحبه على ما مضى **فصل** وإذا
مات الإمام أو عزل لم ينعزل قضاته وأمراؤه لأن الإمام يعقد
القضاء والإمرة للمسلمين فإذا مات لم يبطل ما عقده لغيره
كولي المرأة إذا زوجها ثم مات فإنه لا يبطل النكاح بموته ولأن
في عزل القضاة والأمراء بموت الإمام وعزله فسادا والله لا
يحب الفساد وقال في الإيضاح يكونوا على ولاياتهم حتى يلي إمام
آخر فيقرهم أو يصرفهم قال وفيها وجه آخر أن ولاياتهم تبطل بموت
الإمام وعزله والمذهب الأول وليس للإمام أن يعزل من ولاه
من القضاة إذا لم يتغير حاله وإذا عزله لم ينعزل كما لا ينعزل المولى
وقيل له أن يعزله بمن هو أفضل منه وليس له عزله بمن هو دونه
على الظاهر وإن عزله بمثله فعلى وجهين والمشهور من المذهب
هو الأول وإذا عزل الإمام قاضيا فما حكم به قبل العلم بالعزل
وجهان أحدهما أنه باطل والثاني أنه صحيح ووجههما ما مضى
في الوكيل إذا تصرف قبل العلم بالعزل ومتى علم الإمام بأن
قاضيا أخذ الرشوة على الحكم أبطل حكمه وعزله وأدبه وأدب
مثله ولا يبطل بذلك ما تقدم من أحكامه وفي الناس من قال يبطل

١٧٨

ما تقدم منها أيضا وهو غلط لأن الظاهر منها السلامة
ولا يبطل بالشك وإن مات القاضي أو عزل فهل ينعزل من
ولاه القضاء في النيابة عنه فيه وجهان أحدهما لا ينعزل كما أن
الإمام إذا مات أو عزل لا ينعزل قضاته وأمراؤه والثاني
ينعزل وهو قول أبي إسحق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة وأبي
علي الطبري لأنه نائب عن القاضي الذي زالت ولايته وإذا
زالت ولاية الأصل زالت ولاية الفرع كما تبطل الوكالة بموته
ويفارق الإمام لأنه عقد القضاء والإمرة للمسلمين فإذا مات
أو انعزل لم يبطل ما عقده لغيره لما مضى وليس كذلك
نائب القاضي فإنه يعقد ولاية لنفسه لأنه نائب عنه وهل له
عزله أم لا على الوجه الأول في المسألة قبلها ليس له عزله وعلى
قول أبي إسحق ومن وافقه له عزله اه

باب ما على القاضي في الخصوم والشهود

المستحب للقاضي أن يقدم كل يوم من يريد أن يقضي فيه رجلا ثقة يكتب
أسماء من حضر من المدعين الأول فالأول لأنه يجلس للفصل بين الخصوم
ولا يمكنه أن يفصل بينهم في حال واحدة فيحتاج لأجل ذلك إلى
تقديم بعضهم على بعض ويكون تقديم الذي له مزية بالسبق أولى
لما يأتي بيانه فيفعل ذلك ليعرف الذي هو أولى منهم بالتقديم والاعتبار
بسبق المدعي لا عليه لأن الحق للمدعي وإذا ترتب خصوم وجلس للحكم

فان تقدم الاول فالاول لان الاول سبق الى حق له فقدم على
من بعده كما لو سبق الى موضع مباح فان قدم الثاني على الاول
كان اثما ووقع الحكم موقعه وان حضروا في وقت واحد
او سبق بعضهم واشكل السابق منهم اقرع بينهم فمن خرجت له
القرعة قدم لانه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم
بالقرعة كما قلنا فيمن اراد السفر ببعض نسائه وتقديم
احد الوليين في النكاح واستيفاء القصاص فان كثر
عددهم حتى لا يمكن ان يقرع بينهم كتب اسماءهم في رقاع وطرحها
بين يديه ثم يمد يده فياخذ رقعة رقعة ويقدم صاحبها على
حسب ما سبق لان ذلك اسهل عليه من الاقراع بينهم وان
ثبت السبق لاحدهم فقدم الا انه قدم على نفسه جاز لانه يوثر به
غيره كما لو سبق الى منزل مباح ولا يقدم السابق في اكثر من
حكومة لانا لو قدمناه في اكثر من حكومة استوعب
المجلس بدعاويه واضر بالباقين فاذا ادعى على خصم فنظر
بينهما اقامه وادعى الذي بعده وقيل ان اراد ان يدعي على
الذي ادعى عليه ثانيا منع وان اراد ان يدعي على غيره لم يمنع
وليس بشيء فان رضي سائر الخصوم بالنظر في كل حكوماته
اولا فعل ذلك لان الحق في ذلك لهم فجاز لهم ان يرضوا بتركه
وان لم يرض سائر الخصوم بان ينظر له في حكومة اخرى فاقامه

فهو بالخيار بين ان ينصرف ويترك الحكومة الى يوم اخر وبين
ان يجلس حتى يفرغ الحاكم من حكومة الذين حضروا ثم ينظر
له فيها ان لم يكن الحاكم دخله الضجر وان كان عند الحاكم ولم يحضر
غيره احد فلا يقدمه حتى ينظر في حكوماته كلها لانه انما
اقامه في المجلس قبلها حتى لا يلحق بالاخرين ضرر ولا ضرر في
هذه فيكل على احد وان نظر الاول في حكومة واقامه
مجلس ينظر فراغه ونظر الباقين وكانت للاخير منهم
حكومة ثانية قدم الاول فنظر له في حكومة اخرى
ثم نظر للاخير في حكومته لانه قد نظر لكل واحد
منهما في حكومة فتساويا في ذلك فاذا اجتمعا ثانيا
كان الاول السابق مقدما لما مضى وان تقدم الرجلان
فنظر بينهما ثم قام المدعي فتقدم اخر وادعى شيئا
على الذي كان مدعا عليه في تلك الحكومة سمع دعواه
وهكذا لو ادعى على الذي كان مدعيا فيها سمع دعواه
وكذلك لو ادعى الذي كان مدعا عليه شيئا على رجل
سمع دعواه لان الذي يمنع ان يسمع من كل واحد دعويين
منع السبق مع حضور غيره للحاكم ولم يوجد ذلك في هذا الموضع
فصل وان حضر مسافرون ومقيمون نظرت فان
سبق المسافرون قدمهم لسبقهم وان سبق المقيمون او حضر المسافرون

حز

p. [181]-182

والمقيمون في وقت واحد نظرت فان كان المسافرون قليلا لا
يضر باهل البلد تقديمهم وسهم على الخروج قدموا الا ان عليهم ضررا
في المقام والاضرار على المقيمين لان حاجات المسافرين على الفور
لخوف الانقطاع عن الرفقة وحاجات الحاضرين على غير ذلك
وقد خفف الله تعالى عنه الصوم وشطر الصلاة لاجل ذلك
فكان تقديم المسافر اولى وهو بالخيار بين ان يقدم المسافرين
على الحاضرين والحال هذه وبين ان يجعل لهم يوما ينظر في امورهم
على الانفراد لما مضى وحكى بعض اصحابنا فيه وجها اخر انهم
لا يقدمون الا باذن المقيمين لئلا يوهم في الخصوم وظاهر نص
الشافعي هو الاول وان كان المسافرون مثل المقيمين او اكثر
منهم كالحاج اذا قدموا مكة او المدينة لم يجز تقديمهم والحال هذه
من غير رضى المقيمين لان في تقديمهم اضرارا بالمقيمين والضرر لا يزال
بالضرر فصل وان تقدم الى الحاكم اثنان فادعى احدهما
على الاخر حقا فساله الحاكم عن دعواه فقال المدعى عليه انا
جئت به وانا المدعي قدم السابق بالدعوى لان ما يدعيه
كل واحد منهما محتمل والسابق بالدعوى حق السبق بها
فقدم وللمدعى عليه الخيار بعد ذلك في الدعوى عليه لانه قد حصل
للسابق بالدعوى حقه فلا يمنع المدعى عليه في الدعوى عليه
فصل فان حضرا دفعة واحدة واشتكى كل واحد منهما

بالدعوى على صاحبه في وقت واحد فالذي يجيء على قياس مذهب
الشافعي انه يقرع بينهما ومن الناس من قال يقدم الحاكم من شاء منهما
ومنهم من قال يصرفهما حتى يصطلحا ومنهم من قال يسمع منهما ويحلف
كل واحد منهما لصاحبه في ذلك دليلنا هو انه ليس لكل واحد منهما
مزية على الاخر في الاخرى فقدم بالقرعة كالزوجتين لو تنازعا بعض المقاعد
في الاسواق فصل واذا احضر الرجل رجلا الى مجلس الحكم وكان
الحاكم مشغولا بغيرهما كان له ملازمته حتى يخلو الحاكم لهما لانه لا
يمكنه فصل القضاء لاشتغال الحاكم بخلاف من يدعي بينة غائبة حيث
هنا قلنا ليس له ان يلازمه لان هناك لا يمكنه فصل القضاء بالاسجال فوقها
بخلافه فافترقا فصل وعلى الحاكم ان يسوي بين الخصمين في الدخول
عليه والاقبال عليهما والاستماع منهما عند الخطاب او الاطراق
عنهما ولا يظهر الميل الى احدهما بان ياذن له في الدخول قبل صاحبه
ويقبل عليه بوجهه عند خطابه دون صاحبه او يسمع اليه
دون صاحبه لما روت ام سلمة ان النبي عليه السلام قال من ابتلي بالقضاء
بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده ولا يرفع
صوته على احدهما اكثر مما يرفع على الاخر وكتب عمر الى ابي
موسى الاشعري اس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى
لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولانه اذا
قدم احدهما على الاخر في شيء من ذلك انكسر الاخر ولم يتمكن من استيفاء

حجته ويكون ممنوعا منه ذكر في الشامل الله سبحانه له ذلك
وهو غلط لما مضى بان دخلا معا وكان الموضع لا يسع ان
يمشيا فيه معا تركا حتى يتقدم احدهما الاخر واذا دخلا عليه
معا قال بعض الناس لا ينبغي لهما ان يسلما عليه ولا ان يسلم عليه
احدهما فان سلما عليه رد عليهما ولا يخص احدهما بزيادة في الرد
وان سلم احدهما عليه دون الاخر فقد قال بعض الناس لا يرد عليه
حتى يفرغ من الحكم بينهما وقال اخرون بل يرد عليهما جميعا وان
كان المسلم احدهما وقال اخرون يرد على المسلم خاصة الا ان رد السلام
مما لا يسع فيه مراعاه لانه فرض على الكفاية وقد يتعين
فصل والمستحب ان يجلس الخصمان بين يديه في القرب منه والبعد
عنه اذا كانا متساويين في الدين ولا يكونا قائمين او احدهما
لما روى عبد الله بن الزبير قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي ولان ذلك امكن لخطابهما اي
في اقبال الحاكم عليهما والنظر في خصومتهما وان كان احدهما
مسلما والاخر ذميا ففيه وجهان احدهما انه يسوي بينهما
في المجلس كما يسوي بينهما في الدخول عليه والاقبال عليهما والاستماع
منهما والثاني ان يرفع المسلم على الذمي في المجلس لما روي ان
عليا حاكم يهوديا في درع الى شريح فقام شريح من مجلسه واجلس
عليا كرم الله وجهه فيه فقال علي لولا اني سمعت رسول الله صلى الله عليه

يقول لا تسووا بينهم وفي بعضها لا تساووهم في المجالس ولا
تعودوا مرضاهم ولا تشيعوا جنائزهم واضطروهم الى
اضيق الطرق فاجلست معه بين يديك فصل ولا يجوز
ان يضيف احد الخصمين دون الاخر ان يضيفهما او يدعهما لما
روي ان رجلا نزل بعلي بن ابي طالب فقال له الك خصم قال نعم قال
تحول عنا فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تضيفوا احد
الخصمين الا ومعه خصمه وروي عن عمر بن عبد العزيز انه كان اذا
ادعى عنده على شريف حجبه حتى يقضي بينه وبين خصمه ولان
في اضافة احدهما اظهار الميل اليه وترك العدل وفيه كسر لقلب
الاخر فصل واذا جلسا بين يديه جاز له ان يقول تكلما تكلما
وهو يريد ليتكلم المدعي منكما او يصرح بذلك بان يقول ليتكلم
المدعي منكما او يسكت ويقول صاحبه القائم على راسه لهما ذلك
وانما يقال لهما ذلك اذا هاباه ان يتكلما فان سكت هو وصاحبه
حتى يتكلم واحد منهما جاز لانهما للكلام حضرا وفيه تسوية بينهما
وقد جانب الميل ولا يقول لاحدهما بعينه تكلم لان في ذلك اظهار
الميل اليه وكسر القلب الاخر ولانه قد لا يعرف المدعي منهما
واذا ابتدا احدهما بالكلام اما باذنه او بغير اذنه منع الاخر من
مداخلته حتى يفرغ من دعواه لانه هو المبتدي بالكلام له
حتى ينتهي ولان المداخلة تفسد نظام المدعي وتمنع كل واحد منهما

من بلوغ غرضه ولا بين رمها ولا احدهما ولا يلقنه حجة ولا دعوى لما
ذكرناه ولانه اذا لقنه حجة او دعوى صار كانه وكيل له
ونائبا عنه ولكن له ان يقول ما اردت بقولك كذا
او بين ما اردت بقولك كذا او هل اردت بقولك كذا
او كذا واما من احدهما باقرار بان يقول له اقر بما
ادعاه الا ان فيه اضرار به واما بالانكار بان يقول له قل ما يستحق
على ما ادعيته الا ان فيه اضرار لخصمه وهكذا ان ظهر من احدهما
امارة الاقرار لا يجوز له ان يومي اليه ان ينكر او يظهر منه
امارة الانكار لا يجوز له ان يومي اليه ان يقر لما مضى وكذلك
ان اراد النكول لا يحمله على اليمين او اراد اليمين لا يحمله على النكول
لما مضى وكذلك ان هم اذا اراد التوقف عن الشهادة لا
يجوز ان يحمله على الشهادة او اراد ان اداء الشهادة لا يجوز ان
يلقنه التوقف فيها لما في ذلك من الاضرار [illegible] واظهار
الميل والاناة ان يقول له قف على حظك وتامل ما تشهد
به ولعلك اردت ان تقول كذا او ان تشهد بكذا فان
قيل فقد لقن النبي عليه السلام ماعزا بقوله لعلك قبلت
لعلك لمست وكذلك قال عمر لزياد ارجو ان لا يفضح الله
على يدك رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا
هذا يجوز في حقوق الله تعالى لانها مبنية على الدرء والاسقاط

95
186

وحقوق الادميين مبنية على التشديد فافترقا **فصل** لي
واذا ادعى احدهما دعوى غير صحيحة مثل ان يقول علي شيء او ثوب
وغير ذلك فان له ان يقول له حرر دعواك او بين ما تدعيه
وهل له ان يلقنه تحرير الدعوى مثل ان يقول له بين العدد والجنس
والنوع ام لا فيه وجهان ذكرهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري
انه يجوز لانه لا ضرر على الاخر في صحة دعواه والثاني انه لا يجوز
وهو الاشبه لانه يكسر قلب الاخر بظهور توجه عليه فلا
يتمكن من استيفا حجته وللحاكم ان يبرئ عن احدهما ما ثبت عليه
باقراره او بالبينة لان في ذلك بقاطعها لا امر ان النبي عليه السلام
عزم الدية للانصاري عن اليهودي وله ان يشفع احدهما الى
الاخر في الصلح معه وانظاره بعد اعلامه بالواجب عليه لقوله
صلى الله عليه وسلم لبريرة انما انا شافع ولان الاجابة الى المشفوع
اليه ان شا شفعه وان شا لم يشفعه والحكم عليه بذلك
وان مال قلبه الى احدهما واحب ان يعلو بفتح اليا وتسكين
العين وضم اللام وفتح الجيم في الوصل اي يظهر احدهما على
خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لانه لا يمكنه التسوية
بينهما في المحبة والميل بالقلب ولهذا قلنا يلزمه التسوية بين
النسا في القسم ولا يلزمه التسوية بينهن في المحبة والميل بالقلب
والانتهار خصما ولا يصيح عليه الا ان ذكر بكسره وتعنته واستيفا

الحجة وقد قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا
من حولك وقال صلى الله عليه وسلم يسروا ولا تعسروا وقال بعثت
بالحنيفية السمحة وان ظهر من احد الخصمين لدد وهو التشديد
في الخصومة والتوقف عن الاعتماد على الحق وقيل اللدد هو
الالتوا والاعوجاج وترك الطريق المستقيم يسمى الوجود في
احد الشقين له ولانه يميل الى يقال خصم الد وخصوم لد
قال الله تعالى لتبشر به قوما لدا وقال تعالى وهو الد الخصام فاذا
كان اللدد من احد الخصمين بان يوجه اليمين على خصمه فقطعها
عليه وقال لي بينة احضرها في مجلس اخر وطالبه باليمين لم يقطعها
عليه وقال لي بينة نهاه الحاكم وعرفه ان ذلك لا يجوز فان عاد
زبره اي منعه وصاح عليه فان عاد عزره ان راى المصلحة في
ذلك فضربه بالدرة ضربا بادب لا يولم وان راى ان يقول
خذوا بيده واخرجوه او خذوا عمامته او رداءه فعله
وان راى حبسه او ترك تعزيره مصلحة فعله لان التعزير ليس
بواجب وهكذا ان ظهر من احدهما سوء ادب مثل قوله ظلمتني
او حكمت علي بغير الحق او شتم الخصم نهاه عن ذلك فان عاد زبره فان
عاد عزره وان راى حبسه او ترك تعزيره تركه والاولى
ان يعزره حتى لا يتسلط عليه غيره ويخرق حكمه **فصل**
ولا ينتهر شاهدا والزجر المنع والنهي ولا يتعنته والعنت هو

الوقوع في امر شاق وهو هاهنا ان يفرقهما مع مثل عقولهما
ويذكرهما ويسالهما عن الشهادة على ما مضى ويعرفهما الان ذلك
يمنعه من الشهادة على وجهها ويدعوهم الى ترك القيام بتحمل الشهادة
واداءها وفي ذلك تضييع الحقوق **فصل** واذا كان بين نفسين
حكومة فدعا احدهما صاحبه الى مجلس الحكم وجب عليه الاجابة
اي اذا كان ما بينهما يوجب نظر الحاكم والا عذر له في عدم عدوى
لقوله تعالى انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم
بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا اي وان كان ذلك مما لا هو
وليس بخبر ماض وانما معناه انما ينبغي ان يكون وهو ادب
من الله تعالى فان لم يحضر واستعدى عليه الحاكم اي سال ان
يعديه اي يقويه ويعينه وجب عليه ان يعديه سواء علم بينهما معاملة
او لم يعلم وبه قال ابو حنيفة وهو احدى الروايتين عن احمد وقال
مالك لا يعدي عليه حتى يعلم بينهما معاملة وهي الرواية الاخرى عن
احمد دليلنا هو انه اذا لم يعد به ادى ذلك الى ابطال الحقوق
لانه قد يستحق عليه شيا بغصب او وديعة او عارية او غير ذلك
فلو قلنا لا يعديه حتى يعلم بينهما معاملة ادى الى ضياع الحقوق
ولانه لا يعلم كذبه في دعواه فوجب ان يعدي على خصمه
كما لو علم بينهما معاملة واحتجوا بما روي عن علي كرم الله وجهه
انه قال لا يعدي الحاكم على خصمه حتى يعلم ان بينهما معاملة قلنا

هو غير ثابت عنه ولو سلم كان قول صحابي والقياس مقدم عليه
عندنا فان قيل لو قلنا ان الحاكم يعدي على كل احد
ادى ذلك الى ابتذال ذوي المروات والهيات قلنا ليس
في هذا ابتذال لانه امر اوجبه الشرع وما اوجبه الشرع
لا ابتذال فيه كالصوم والصلاة والحج وغير ذلك وقد حضر عمر
مع ابي بن كعب الى زيد بن ثابت وحضر علي مع يهودي الى شريح
ولم يكن في ذلك ابتذال وعلى انه لو كان في ذلك ابتذال ففي
ما ذكروه اضاعة الحقوق والابتذال اهون من اضاعة
الحقوق ويكون مونته من جامع المدعي على المدعي دون
المدعا عليه لان العمل يقع له وان لم يكن ذلك مما يوجب نظر
الحاكم فله ان يمتنع من الحضور معه فيما بينه وبين الله تعالى ان
امكنه **فصل** وينبغي ان يكون مع الحاكم ختوم في
طين عليها مكتوب اجب القاضي فلانا فاذا استعدى رجل
على رجل دفع الى المدعي ختما من تلك الختوم ليخرج به اليه ويعرفه
ان الحاكم يدعوه لئلا يلزمه بذلك غرم وان عاد المستعدي
وادعى انه ممتنع وقال لا اجي او سكت او قال اجي ثم امتنع انفذ
عونا ليحضره فان حضر وانكر الامتناع لم يقبل قول المستعدي
في ذلك الا بشاهدي عدل فان لم يكن بينة احلفه وان لم يرد
المستعدي يمينه اداه القاضي ذلك لانه من حقه فان

برئ وان اتهمه بعد اليمين قال ابن القاص اوعده وهدده
وان نكل عن اليمين ردت على المدعي ان اراد ذلك فان حلف
ثبت امتناعه وسوء توجه التعزير عليه على ما ياتي بيانه وان
امتنع انفذ معه شاهدين واستدعاه ليثبت امتناعه بهما
فان لم يحضر تقدم الى صاحب الشرطة ليحضره واذا احضره عزره
ان راى ذلك على حسب ما يراه تاديبا اما بالكلام او كشف راسه
او بالضرب او الحبس فان استتر بعث القاضي من ينادي عليه
على بابه ثلاثا انه ان لم يحضر فلان سمر بابه وختم عليه وجمع اماثل
جيرانه ويشهدهم على ذلك فان لم يحضر بعد التسمير او الختم
قال ابن القاص مذهب الشافعي انه يوكل عنه وكيلا بعد ان
يبعث من ينادي على بابه بحضرة شاهدي عدل انه ان لم يحضر مع فلان
خصمه فلان وكل عليه قال وحسن ان يعذر اليه بذلك ثلاثا فان
لم يحضر اقام عنه وكيلا فان ثبت عليه مال فان وجد له مالا
قضى حق الخصم وان لم يجد له مالا فان علم له مكانا امر بالهجوم
عليه فيبعث بالخصيان والغلمان اللذين لم يبلغوا الحلم والثقات
من النسا ويبعث معهم ذوي عدل من الرجال فيدخل النسا
والصبيان فاذا حصلوا في صحن الدار اعلموا النسا والحرم بدخول
الرجال لينحازوا الى بيت ثم يدخل الرجال ثم يدخل الخصيان
فيفتشون الرجال ويومر ثقة من النسا بتفتيش النسا ٥

فصل وان كان بينه وبين غايب حكومة ولم
يكن له عليه بينة فاستعدى الحاكم عليه فان كان الغايب
في عمله وهو في موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما وان
لم يكن فيه حاكم وهناك من يتوسط بينهما وهو ان يكون من اهل
الاجتهاد يمكن تفويض ذلك اليه كتب اليه ليتوسط بينهما وان
لم يكن فيه من يصلح للقضا فان راى الحاكم ان ينفذ الى ذلك البلد
من يقضي بين المستعدي وخصمه فعل وان لم ير ذلك لم يحضره حتى
يحقق المستعدي الدعوى لانه يجوز ان يكون ما يدعيه ليس بحق
عنده كالشفعة للجار وعن الكلب وقيمة خمر النصراني او كان
يدعي شيا مجهولا فلا يكلفه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضى له
وخالف الحاضر في البلد حيث قلنا انه يحضر قبل ان يحرر المدعي
دعواه لانه لا مشقة عليه في الحضور فان حقق الدعوى على الغايب
بان ادعى شيا معلوما يستحق احضاره به احضره سوا كانت
المسافة قريبة او بعيدة لما روي ان ابا بكر الصديق كتب الى
المهاجر بن امية ان ابعث الي بقيس بن المكشوح بالشين
المنقوطة والحا بلا نقطة في وثاق بفتح الواو والثا فاحلفه
خمسين يمينا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قتل
دادويه بدالين بلا نقط والا فلو لم يلزمه الحضور لجعل
البعد طريقا الى ابطال الحقوق وقال ابو يوسف ان كان

يمكنه ان يحضر ويعود فياوي الى موضعه ليلا احضره والا لم
يحضره ويوجه من يحكم بينهما وحكي عن بعض الناس انه قال
ان كان على مسافة يوم وليلة احضره والا لم يحضره ومنهم
من قال ان كانت مسافة لا تقصر فيها الصلاة احضره وان
كانت تقصر فيها الصلاة لم يحضره لان عليه مشقة في
ذلك وما ذكروه مقدم عليه ولانه لا بد من فصل الخصومة
بين المتخاصمين فاذا كان لا يمكن ذلك الا بمشقة فعل كما لو امتنع
من الحضور فانه يحبس ويؤدب ولان الحاق المشقة بالخصم
اولى من الحاقها بمن يرسله ليحكم بينهما فصل وان
استعداه على امراة فان كانت برزة بفتح البا وسكون
الرا وهي التي تبرز لقضا حوايجها فهي كالرجل لانها كالرجل
في الخروج للحاجات وان كانت غير برزة وهي التي لا تبرز
لقضا حوايجها لم يكلف الحضور بل يرسل اليها لتوكل من
يخاطب عنها فان توجهت عليها يمين بعث اليها من يحلفها
لان النبي عليه السلام قال يا انيس اغد على امراة هذا فان
اعترفت فارجمها فبعث من يسمع اقرارها ولم يكلفها
الحضور وذكر ابو نصر في الشامل ان الحاكم يبعث اليها
من يحكم بينها وبين خصمها واذا احضرها جعل بينهما
سترا وتكلم من ورايه وان اعترف المدعي انها خصمه حكم

p. [193]-194

سبيها وان انكرت وقال هذه غيرها فان شهد اثنان من ذوي
رحمها بانها هي التي ادعى عليها حكم بها وان لم يكن
لها بينة كلفت ان تتنقب بازارها وتخرج من وراء الستر
لموضع الحاجة . وذكر الصيمري في الايضاح ان المستحب ان يبعث
الحاكم من ينظر بينه وبينها في منزلها ولو احضرها الى مجلس
الحكم وافقا موقعه وقيل يلزمها الحضور والاول هو الذي
ذكره صاحب الكتاب وابو الفتح سليم وغيرهما من اصحابنا
قال ابو الفتح سليم في التقريب واذا كان الرجل من اهل الصيانة
والمروة واستعدى عليه من يتهم بانه يقصد ابتذاله واذاه
بذلك لم يستحضره مجلس الحكم بقوله لكن يبعث اليه من يسمع
دعواه عليه ويحلفه وان وجبت عليه اليمين في مسجده او
منزله لانه لما هو عليه من الصيانة والمروة يجري مجرى
المراة المخدرة في انه لا يستحي اخراجه ويقوي ذلك بالتهمة
التي يلحق خصمه في قصد اذيته قال في الايضاح وليس
كون المراة في عدة مانعا من حضورها الى الحاكم فيما
وجب عليها ولا الاعتكاف قال ولو كان المدعى عليه
مريضا او شيخا زمنا وحضر القاضي اليه بنفسه كان
حسنا واما المراسلة والمكاتبة فلا تقوم مقام الحكم
وان كان في البلد قاضيان يحكم كل واحد منهما على الانفراد

على ما مضى في موضعه وقلنا انه يجبر ذلك فتنازع خصمان
فدعا احدهما الاخر الى الحضور عند احد الحاكمين ودعا الاخر
الى الحضور عند الحاكم الاخر احتمل ان يجيء الى نظر اقربهما
دون ابعدهما فان تساويا في المسافة اليهما ولم يتفقا على
نظر احدهما فان كان مع احدهما خاتم احد الحاكمين
او وكيل من عنده اجيب اليه وان لم يكن مع ذلك
تركا حتى يتفقا على احدهما ه ه ه

باب صفة القضاء

اذا حضر عند القاضي خصمان وادعى احدهما على الاخر حقا بصحح
دعواه به على ما ياتي بيانه في الدعوى والبينات ان شاء الله
تعالى وسال المدعي القاضي ان يطلب الخصم بالخروج من دعواه
طالبه الحاكم به وان لم يساله مطالبة الخصم بذلك ففيه وجهان
احدهما انه لا يجوز للقاضي مطالبته به لان الاجابة عن
الدعوى حق للمدعي فلا يجوز استيفاؤه من غير اذنه والثاني
وهو المذهب انه يجوز له مطالبته به لان شاهد الحال
يدل على الاذن في المطالبة لان المدعي يطلب بذلك واكتفى
به عن سؤاله فان قال الحاكم اجب عن دعواه او قال ما تقول
فيما ادعاه عليك وجوز ذلك بعد سؤاله في الصورة الاولى
او على المذهب في الصورة الاخرى لم يخل اما ان يقر المدعى عليه

او بكر او لا يقر ولا ينكر فان اقر بان قال صدق او غير
ذلك مما يأتي ذكره في الاقرار لزمه الحق والحكم له بما اقر له به
ولا يأمره بالخروج منه اليه الا بطالبة المدعي ذلك لان الحكم
حق فلا يستوفيه من غير اذنه كالحق نفسه وان طالبه
بالحكم به حكم وذلك بان يقول قضيت عليك بما اقررت
به او الزمتك اقرارك او اخرج عما اقررت به لانه يقتضي
الحكم عليه وان انكر المدعى عليه فان كان المدعي لا يعلم
ان ذلك وقت البينة قال له القاضي الك بينة وان كان المدعي
يعلم ذلك فله ان يقول له ذلك وله ان يسكت فصل
فان لم يكن له بينة وكانت الدعوى في غير دم بان ادعى مالا
او حقا غير الدم وخص صاحب الكتاب الدعوى في غير
الدم بالذكر لان الدعوى في الدم قد يكون معها لوث فيكون
اليمين ابتداء في جنبة المدعي والا فالدعوى في الدم وغيره
سواء اذا لم يكن هناك لوث في رد اليمين على المدعي اذا
نكل المدعى عليه عنها واذا كان كذلك فللمدعي ان يحلف
المدعى عليه في جميع الدعاوى وبه قال ابو يوسف ومحمد
وقال ابو حنيفة لا يحلف في النكاح وما يتعلق به كدعوى الرجعة
والفيئة في الايلاء والرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء
والنسب وحد القذف وقال مالك لا يحلف فيما لا يثبت الا بشاهدين

ذكره وعن احمد مثله وعن احمد رواية اخرى انه يحلف في دعوى
القصاص والقذف والطلاق والعتاق دليلنا هو انه حق
آدمي فاشبه سائر الحقوق ولان ما صح فيه الدعوى صح فيه عرض
اليمين كالقصاص لو كره ان الايمان انما شرعت في الدعاوى
لاستخراج الاقرار بها لانه قد ينكر المدعى عليه ما ادعى عليه فاذا
طولب باليمين هابها فاقر به فلما كانت الاموال وغيرها من حقوق
الآدميين يستوي حكمها في لزومها بالاقرار وجب ان يستوي حكمها
في لزوم الحلف عند انكارها قالوا كل ما لا يستباح بالاباحة لم يلزم
باليمين عليه عند الانكار كالحدود قلنا ينتقض بالقصاص فانه
لا يستباح بالاباحة وقد قالوا ان اليمين يلزم عند جحوده ثم المعنى
في الحدود انه لا يلزم الاجابة عن دعواها فلم يلزم اليمين عليها وهذه
الحقوق لما لزمه الاجابة عن دعواها لزمه اليمين عند جحودها كالاموال
فصل ولا يجوز للقاضي احلافه الا بطالبة المدعي لانه حق له
فلا يستوفيه من غير اذنه فان خالف فاحلفه قبل ان يسأله احلافه
لم يعتد بيمينه لانها يمين قبل وقتها وللمدعي ان يطالب باعادتها
لما روي ان ركانة ابن عبد يزيد طلق امرأته البتة فقال
له النبي عليه السلام ما اردت بقولك البتة فقال والله ما اردت
بها الا واحدة فقال والله ما اردت بها الا واحدة فقال والله
ما اردت بها الا واحدة فردها عليه السلام ولم يعتد بيمينه قبل

p. [197]-198

احلاف من كان له ان يحلفه والانها يمين قبل وقتها فلم يعتد
بها كما لو ادعى عليه حقا فانكره وبادر باليمين قبل ان يحلف
فصل وان امسك المدعي عن احلاف المدعى عليه ثم اراد
ان يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز له ذلك لانه لم يسقط حقه
من اليمين بذلك وانما اخرها والتاخير لا يسقطها وان قال له
ابراتك من اليمين سقط حقه منها في هذه الدعوى وله ان
يستانف الدعوى بعد ذلك في ذلك الحق لان حقه لم يسقط
بالابراء من اليمين وانما سقطت اليمين في تلك الدعوى خاصة
فاذا استانف الدعوى فيه وانكر المدعى عليه ما ادعاه
فله ان يحلفه في هذه الدعوى لانها غير الدعوى التي ابرا فيها من
اليمين فان حلف المدعى عليه سقطت الدعوى ولم يكن له ان
يحلفه على ذلك الحق عند هذا الحاكم ولا عند غيره بعد ذلك لما
روى وايل بن حجر ان رجلا من حضرموت واسمه امرؤ القيس
ربيعة بن عبدان بفتح العين والبا ساكنة وبكسرها وقال ابن
عبدان بكسر العين والبا ساقطة ورجلا من كندة واسمه
امرؤ القيس بن عابس اتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
الحضرمي هذا غلبني على ارض ورثتها من ابي وقال الكندي
ارضي وفي يدي ازرعها لا حق له فيها فقال النبي عليه السلام
اي للحضرمي شاهداك او يمينه قال انه لا يتورع من شي قال النبي

لك الا ذلك وان دعواه قد سقطت عنه بيمينه فلا معنى لاحلافه
ثانيا فصل فان امتنع من اليمين بان قال له القاضي احلف
فقال لا احلف فهو ناكل يقال نكل بفتح الكاف عن اليمين
اي جبن وهاب الاقدام عليها ثم يساله الحاكم عن سبب امتناعه
فان ابدا او قال امتنعت لانظر في الحساب امهل ثلاثة ايام لانها
مدة قريبة ولا يمهل اكثر منها وان قال كنت لا اعرف حكم
النكول لم يقبل منه كما لو اخر رد المبيع بالعيب وقال لم اعلم
ان حقي يسقط من الرد بذلك وان لم يذكر عذرا لامتناعه
قال له الحاكم قد توجهت عليك هذه اليمين فان حلفت والا
رددت اليمين على خصمك فيحلف واقضي عليك وهو معنى قول
صاحب الكتاب جعل ناكلا والمستحب ان يكرر عليه
ذلك ثلاثا فان لم يكرر عليه ذلك ثلاثا فان لم يكرر عليه ثلاثا
بل اقتصر على مرة واحدة جاز واستقر به النكول
وقيل لا يستقر نكوله حتى يكرر عليه ثلاثا وليس بشي لان
تعريفه الواجب قد حصل بالمرة الواحدة فلا حاجة الى
ما زاد عليها فان حلف والا رد اليمين على المدعي ويكفي ان يقول
له احلف انت فاذا حلف ثبت حقه كما لو زاد عليها فان حلف
والا رد اليمين على المدعي ويكفي ان يقول له احلف انت فاذا
حلف ثبت حقه كما لو خصمه به او ما ثبت الله عليه وقيل لا يصح

ردها الا بعد قوله حكمت عليك بالنكول لفظا وليس بشيء
لان قوله للمدعي احلف انت قد اقتضى ذلك ولو اقبل القاضي
على المدعي بوجهه فقبل ان يقول له احلف رجع الناكل وقال
انا احلف فهل يقبل منه وجهان احدهما انه لا يقبل منه لان
اقبال القاضي على المدعي اعراض عن المدعا عليه فقام مقام
قوله احلف والثاني يقبل منه لانه لم يوجد منه الحكم الا
بالنكول وان قال له احلف لم يصح به الرد لان الرد يصح بالاستدعا
وهذا استفهام فان قال المدعي عقيبه لا احلف لم يكن ذلك
نكولا منه لانه قاله قبل ثبوت اليمين له **فصل** ولا يقضى
على المدعى عليه بالحق بنكوله عن اليمين التي توجهت عليه
من غير ان يحلف المدعي وقال ابو حنيفة لا ترد اليمين على المدعي
لكن يحكم له في المال بمجرد النكول بعد ان يكرر الحاكم اليمين على
المدعا عليه ثلاثا ويحبس المدعا عليه في القصاص في النفس
ابدا حتى يقر بالحق او يحلف على نفيه وقال ابو يوسف ومحمد يكرر
اليمين عليه ثلاثا ويقضى عليه بالدية وقال ابن ابي ليلى يحبس
المدعا عليه في جميع الدعاوي حتى يحلف او يقر دليلنا هو انه
نكول عن اليمين فلا يقضى به كالدفعة الاولى والثانية ولان
القصاص في الطرف احد نوعي القصاص فلا يقضى فيه
بالنكول كالقصاص في النفس ولانه حجة احد المتداعيين

فامتناعه عنها لا يوجب الحكم عليه كالبينة ولانه معنى في
جهة المدعا عليه فلو قضي به في المال لقضي به في القصاص
كالاقرار واحتجوا بان زيد بن ثابت اشترى من ابن عمر
عبدا بثمانمائة درهم فوجد به داء فحاكمه الى عثمان فقال لابن عمر احلف
بانه لعبد بعته وما به داء كتمته فنكل فرد اليمين عليه وروى
ابن ابي مليكة ان ابن عباس كتب اليه في امراتين ادعت احديهما
على الاخرى انها اصابت يدها باشفى بكسر الالف وسكون
الشين المنقوطة وفتح الفاء فانكرت فقال ان حلفت فخل
عنها وان لم تحلف فضمنها قلنا عثمان لم يقض بالنكول بل العقد
اوجب الرد وادعى ابن عمر البراه فلما لم يثبت شرط البراه
نفى الرد بحكم العقد وقول ابن عباس وحده ليس بحجة قالوا اليمين
تثبت صدقه فيجب ان يثبت بالنكول كذبه فيقضى عليه قلنا
يبطل بالقصاص ولان اليمين وضعت للصدق فثبت بها صدقه
والنكول لم يوضع للكذب لانه يحتمل ان يكون للتورع او
للترفع او لخاف ان يوافق قدر فيقال بيمينه كما قال
عثمان في قصته مع المقداد قالوا هو مخير بين البذل وبين
اليمين فاذا نكل صار باذلا والبذل يصح في المال قلنا
بل هو مخير بين اليمين وبين رد اليمين ولان النكول ليس
ببذل ولهذا الجيد ان يقول لا احلف ولا احلف له ولانه لو كان بذلا

p. [201]-202

لم يصح من العبد المأذون والأمة المريض فيما زاد على الثلث
ويصح البذل في هذه الأشياء على جهة الاستحقاق لأن المريض
لا يصح منه الابتذال بثلث المال ويقضى عليه في النكول
عن اليمين بالثلث والعبد المأذون له في التجارة ولا يصح منه
البذل ويقضى عليه في النكول عن اليمين بما في يده أو بعد ما
في يده ولأن البذل تبرع وللناكل أن يرجع فيه الا ترى انه اذا
قال لا يستحق علي ما تدعيه ولكني ها أعطيك أو أبذله لك لم
يلزمه ذلك بل هو بالخيار بين أن يعطيه وبين أن لا يعطيه
ولأن القتل اذا لم يصح بذله فلم يعرض اليمين في دعوى القتل وهو
لا يعرض اليمين في دعوى ما لا يصح بذله وأما الكلام على ردها
فسيأتي فصل فان بذل اليمين بعد النكول فان كان
برضا منهما جميعا صح قيل عنه وجهان أحدهما انه يقبل منه ذلك
لأن الحق لهما فجاز ذلك باتفاقهما والثاني لا يقبل لأن بالنكول
سقطت عنه ولا يؤثر اتفاقهما في سقوطها وان كان بغير
رضى المدعي لم يسمع منه ذلك لأن بنكوله ثبت للمدعي حق وهو
اليمين فلم يجز ابطاله عليه بذلك وان لم يعلم المدعي أن اليمين
صارت اليه بنكول المدعى عليه قال القاضي احلف وتستحق ما
ادعيته فان قال احلف فهو على ما مضى بيانه وان كان يعلم
المدعي ذلك فللقاضي أن يقول له ذلك وله أن يسكت فان قال احلف

ردت اليمين عليه واذا حلف ثبت حقه خلافا لأبي حنيفة
وأصحابه وابن أبي ليلى في قولهم لا ترد بل يقضى عليه بنكوله على
ما مضى والدليل على المدعي رد اليمين على المدعي عند نكول
المدعى عليه ما روى ابن عمر أن النبي عليه السلام رد اليمين على
صاحب الحق وما روي أن المقداد استقرض من عثمان مالا
فتحاكما الى عمر فقال المقداد هو اربعة آلاف وقال عثمان
هو سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف انه سبعة
آلاف وخذها فقال عمر انه قد انصفك احلف وخذ فلم
يحلف عثمان فلما ولى المقداد قال عثمان والله لقد أقرضته
سبعة آلاف فقال له عمر لم لا حلفت فقال خشيت أن يوافق
قدر بلاء فيقال بيمينه وعن علي أنه قال المدعى عليه أولى باليمين
فان نكل احلف صاحب الحق وأخذ وروى سليمان بن حرب
عن حماد بن زيد عن أيوب عن محمد ان شريحا كان يرد اليمين
قال سليمان هذا ما قضى عمر وعثمان وعلي رواه أبو بكر بن المنذر
باسناده ولا يعرف لهم في ذلك مخالف فدل على أنه اجماع منهم
ولأنه أحد المتداعيين فجاز أن يكون اليمين في جنبته بذلك
كالمدعى عليه ابتداء ولأن المدعى عليه أحد المتداعيين فاذا
قعد عن حجته ثبت اليمين في جنبة صاحبه كالمدعي اذا قعد
عن اقامة البينة فان احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي

p. [203]-204

والتمين على المدعا عليه فجعل جنس اليمين في جنبة المدعا عليه
قلنا نحمله على يمين النفي دون يمين الاثبات قالوا اقول من جهة
المدعي ولا نقضي به كدعواه وكيمينه قبل نكول المدعا عليه
قلنا الدعوى ليست بحجة واليمين حجة ولهذا الا ترى المدعا
عليه بانكاره وبرى بيمينه اذا لم يكن للمدعي بينة وقبل
نكول المدعى عليه جنبته ضعيفة وبعد نكوله جنبته
قوية فصار كالمدعى عليه ولان بينة المدعي لا تسمع قبل
جحود المدعا عليه وتسمع بعده قالوا البينة لا تنتقل الى
جنبة المدعا عليه اذا امتنع المدعي من اقامتها فكذلك
اليمين لا تنتقل الى المدعي عند امتناع المدعا عليه قلنا لان البينة
على النفي المطلق يتطرق تكذيبها اذ لا طريق للشهود الى النفي
على الاطلاق لانه لا معرفة لها بطريق انه لا حق للمدعي عليه لكونه
نفيا وفي اليمين طريق الى معرفة الاثبات والنفي فقبل منهما ولهذا
لم تسمع بينة المدعي انه رد الوديعة ولا تسمع بينة المودع انه
ما ردها عليه فصل وترد اليمين على المدعي في جميع الدعاوى
وقال مالك لا ترد الا فيما يحكم فيه بشاهد ويمين وهي الاموال
فاما النكاح والطلاق وغير ذلك مما لا يحكم فيه بشاهد ويمين
وشاهد وامراتين فلا ترد فيه دليلنا هو ان كل حق جاز
ان يتوجه اليمين فيه على المدعا عليه جاز ان ينتقل اليمين فيه

على المدعي الى جنبة المدعي كالمال دليل ذلك اجماعنا على
وجوب الحد على المراة بلعان الزوج بعد القذف واللعان
ايمان فان قيل ان هذه المراتين اقوى من اليمين عند
النكول لان هذه المراتين حجة من قبل غيره واليمين حجة
من قبله فلحقه التهمة فيها فاذا لم يكن للشاهد والمراتين مدخل
في هذه الحقوق فلان لا يكون لرد اليمين مدخل فيها اولى
قلنا ليس كذلك بل يمين الرد اقوى من هذه المراتين
لان هذه المراتين حجة ينفرد بها المدعي لا صنع للمدعي عليه
فيها ويمين الرد يجتمع فيها حجة المدعي والمدعا عليه لانها كانت
في جنبة المدعا عليه فبذلها للمدعي ونقلها اليه فكانت اقوى
من هذه المراتين فصل واختلف قول الشافعي في
نكول المدعا عليه مع يمين المدعي فقال في احد القولين هما
بمنزلة البينة لانه حجة من جهة المدعي لان جنبته تقوى بنكول
المدعا عليه كما نقول بان هذه الراحلة ثم يحلف مع ذلك فيكون
كالشاهد واليمين وقال في القول الاخر هما بمنزلة الاقرار
وهو الصحيح لان النكول صادر من جهة المدعا عليه واليمين تترتب
عليه فيه فهو كاقراره ولانه يحكم به فيما يقصد منه المال وغيره
ولو كان يجري مجرى البينة لكان كالشاهد واليمين في اختصاصه
بالاموال لكنه دل درجة عن درجة الشاهدين واذا كان كذلك علم انه

p. [205]-206

يجري مجرى الاقرار فصل فان نكل المدعي عن اليمين بان
قال له القاضي احلف فقال لا احلف سأله القاضي عن سبب نكوله
والفرق بينه وبين المدعا عليه حيث لم يسأله عن سبب
نكوله ان بنكول المدعا عليه وجب للمدعي حق في رد اليمين
والقضى له فلم يجز سؤال المدعى عليه لانه لا يقبل منه ما
يبطل ما ثبت بامتناعه للمدعي ولا فائدة في سؤاله ونكول
المدعي لا يجب لغيره حق ويسقط سؤاله وانما يقف الامر
فيه فيسأل عن ذلك فان سأل المدعي فذكر انه منع في
اليمين لان له بينة يقيمها او حسابا ينظر فيه فهو على حقه
من اليمين ولا يضيق عليه في المدة ويترك ما شاء وقيل
يترك ثلاثة ايام وليس بشيء والفرق بينه وبين المدعا عليه
حيث قلنا انه لا يترك اكثر من ثلاثة ايام هو ان ترك المدعا
عليه فيه تأخير حق المدعي في الحكم له بذلك وترك المدعي الاساد
فيه الا حقه فكان كما لو تأخر عن اقامة البينة وان توقف
عنها من غير استمهال بعد قيل فيه وجهان احدهما وهو قول
ابي سعيد الاصطخري انه يحكم عليه بالنكول كما حكم على المدعا
عليه بالنكول فان اراد ان يحلف بعد الحكم بنكوله لم يكن
له ذلك كالمدعى عليه اذا نكل ثم اراد ان يحلف والثاني انه
لا يحكم عليه بالنكول بذلك والفرق بينه وبين المدعا عليه ما مضى.

في سؤاله عن ذلك فصل وان قال المدعى امهلت
لاني احسابا وان احلف حكم بنكوله فان بذل اليمين بعد النكول
لم يقبل منه في هذه الدعوى لانه اسقط حقه منها فان
عاد في مجلس اخر واستأنف اي اعاد الدعوى في الشيء
الذي ادعاه اولا وانكر المدعا عليه وطلب يمينه فان
حلف برئ وسقطت الدعوى وان نكل ردت اليمين على
المدعي فان حلف حكم له بما ادعاه لانها يمين في غير الدعوى
التي حكم فيها بنكوله فان كان للمدعي شاهد واحد عند الحاكم
واختار ان يحلف المدعا عليه وان لا يحلف مع شاهده جاز
وسقط اليمين الى جنبة المدعا عليه في هذه الدعوى فان
اراد ان يحلف مع شاهده بعد ذلك قبل ان يحلف المدعا
عليه لم يكن له ذلك في هذا المجلس لان اليمين انتقلت عنه
الى جنبة المدعا عليه فلم يعد اليه بهذه الدعوى فان عاد
في مجلس اخر واستأنف الدعوى جاز ان يقيم الشاهد ويحلف
معه اذا لم يكن المدعا عليه قد حلف في الدعوى الاولى لان
حكم الدعوى الاولى قد سقط باستئناف الدعوى ثانيا ٥
فصل وان حلف المدعى عليه في الدعوى الاولى سقطت
عنه المطالبة ولم يكن للمدعي ان يحلف بعد ذلك مع شاهده
لان بامتناعه سقط حقه في اليمين ولا يشبه هذا اقامة البينة.

مسئلة

بعد اليمين ان تعذر البينة لا يسقط حقه من اقامتها وا
من اليمين يسقطها لان اليمين من جهته وهو قادر عليها
فصل وان نكل المدعا عليه عن اليمين ردت اليمين على
المدعي فنكل عنها ثم اقام عليه شاهدا واحدا لم يقض على
المدعا عليه بنكوله عن اليمين وشاهد المدعي وقال مالك يحكم
عليه بذلك دليلنا هو ان الشاهد معنى تقوى به جنبة المدعي فلم
يقض به مع النكول كاللوث في القسامة لا يحكم به وبنكول
المدعا عليه الدم ولان المدعا عليه اذا نكل عن اليمين فلم
يوجد منه الا الامتناع عن حجته وامتناع الخصم عن اقامة الحجة
لا يكون حجة عليه فلو حكمنا عليه في هذه الحال لحكمنا
عليه بالشاهد الواحد ولا سبيل الى ذلك فان قيل
النكول كالشاهد الواحد بدليل ان من اقام شاهدا جاز
ان يحلف معه ويحكم له فاذا نكل المدعى عليه كان للمدعي
ان يحلف ويحكم له فلما كان الحكم بالشاهد واليمين فكذا كان
الحكم بالشاهد والنكول كذلك قلنا ليس كذلك بل الشاهد
اقوى من النكول لان الشاهد حجة للمدعي ونكول المدعى عليه
ليس بحجة وانما هو امتناع المدعى عليه عن حجته وذلك لا يكون
حجة لخصمه فاما قولهم ان الحكم يحصل باليمين والنكول كما يحصل
بالشاهد واليمين فلا يصح لان الحكم عندنا حال رد اليمين انما هو باليمين

فحسب فاما النكول فلا اثر له في الحكم فان قيل الشاهد
اقوى من اليمين بدليل جواز الحكم بشاهد ويمين وامتناعه
بيمين فلما جاز الحكم بيمين ونكول كان بان يجوز الحكم بشاهد
ونكول اولى قلنا الشاهد انما يكون اقوى من يمين الابتدا فاما
يمين الرد فانها اقوى منه لاجتماع حجة المدعي والمدعا عليه فيها
ويحكم بها عند النكول ولا يحكم بالشاهد فصل وهل ترد
اليمين على المدعي والحال هذه ليحلف مع الشاهد فيه قولان احدهما
انها لا ترد لانها كانت في جنبته وقد اسقطها وصارت في جنبة
غيره فلم تعد اليه في تلك الدعوى كالمدعا عليه اذا نكل عن اليمين
وردت على المدعي فنكل عنها فانها لا ترد على المدعى عليه والقول
الثاني وهو الصحيح انها ترد لان هذه اليمين غير الاولى لان سبب
الاولى قوة جنبة المدعي بالشاهد وسبب الثانية قوة جنبته
بنكول المدعا عليه واليمين الاولى لا يحكم بها الا في المال وما القصد
به المال واليمين الثانية يقضى بها في جميع الحقوق التي يسمع
فيها الدعوى فلم يكن سقوط احدهما موجب للسقوط الاخرى
فان قلنا انها لا ترد حبس المدعا عليه حتى يحلف او يقر لانه تعين
عليه ذلك لان يمينه حق للمدعي فليس له اسقاطها ويخالف هذا
اذا قلنا ترد اليمين فامتنع المدعي منها وطلب حبس المدعى عليه
حتى يحلف حيث ليس له ذلك لان الامتناع هناك من صاحب الحق

عن جهته فافترقا وان قلنا انها ترد حلف مع الشاهد
واستحق ذلك وان لم يحلف فلا شي له وان كانت المسله
بحالها وشهد له شاهدان بما ادعاه حكم له بذلك قولا واحدا
لانه قد يتعذر عليه اقامة البينة في وقت لغيبة الشهود
او عارض سواها فلا يجعل تركه اقامتها ابطالا لحقه
منها ويفارق اذا نكل عن اليمين ثم اراد ان يحلف لانه
لا عذر له في ذلك فصل وان كانت الدعوى في موضع
لا يمكن فيه رد اليمين على المدعي فان ادعى رجل على رجل
دينا ومات المدعي ولا وارث له من جهة نسب ولا سبب
الا جماعة المسلمين وانكر المدعى عليه الدين ونكل عن اليمين
او مات ووجد في دفتره دينا على انسان او شهد له شاهد
واحد بذلك وادعاه نائب الامام فانكر المدعى عليه ونكل
عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما ابو سعيد الاصطخري احدهما
احدهما انه يقضى عليه بنكوله لانه لا يمكن رد اليمين على
الامام لانه لا يجوز ان يحلف عن المسلمين لان اليمين لا يدخلها النيابه
ولا يمكن ردها على المسلمين لانهم لا يتعينون اي لا ينحصرون فيقضى
بالنكول لموضع الضروره والثاني وهو المذهب انه يحبس المدعى
عليه حتى يحلف او يقر لان الرد لا يمكن بما ذكرناه والقضا
بالنكول لا يجوز لما قدمناه لانه ان يكون صادقا في انكاره فلا

ضرر عليه في اليمين وان يكون كاذبا فيلزمه الاقرار فان ادعى
الاب او الوصي او الامين من قبل الحاكم حقا للطفل في حجره
على رجل فانكر الرجل ولا بينة عليه فالقول قوله مع يمينه فان
نكل عن اليمين لم يحكم عليه بنكوله وانما يوقف الامر
الى ان يبلغ الطفل فيحلف او يعمل ما يراه لانه لا يمكن رد اليمين
على الاب ولا على الوصي ولا على الامين لان اليمين لا يدخلها
النيابه ولا يمكن ردها على الطفل في الحال لانه لا يصح منه اليمين
فوجب التوقف الى ان يبلغ لانه لم يويس من حصول ذلك
من جهته ويكتب الحاكم محضرا بالنكول عليه ويوقف اليمين
على بلوغ الطفل فصل وان مات رجل وترك وارثا
ومالا فادعى رجل ان الميت اوصى اليه في تفرقة ثلثه على الفقرا
والمساكين وانكر الوارث ذلك ونكل عن اليمين ففيه وجهان
احدهما انه يقضى عليه بنكوله لانه لا يمكن رد اليمين على
المدعي بل المدعي لانه لا يجوز ان يحلف عن الفقرا والمساكين
لان اليمين لا يدخلها النيابه ولا يجوز ردها على الفقرا والمساكين
لانهم لا يتعينون فيقضى بالنكول لموضع الضروره والثاني وهو
المذهب انه يحبس الوارث حتى يحلف او يقر لان الرد لا يمكن
لما ذكرناه والقضا بالنكول لا يجوز لما مضى لانه اما ان
يكون صادقا في انكاره فلا ضرر عليه في اليمين او يكون كاذبا

فيلزمه الاقرار بذلك فصل وان اختلف الساعي
ورب المال فقال رب المال هذه السخال من غيرها او قال
كانت نتجتها بعد تمام الحول وقال الساعي بل هي منها
او كانت نصابا او نتجتها قبل تمام الحول فالقول قول رب
المال وهكذا ان قال رب المال لم يحل الحول على المال
وقال العامل بل حال عليه الحول فالقول قول رب المال
وهكذا ان قال رب المال لم يحل الحول على المال وقال
العامل بل حال عليه الحول فالقول قول رب المال لان رب
المال امين فيما في يده لانها تجب عليه على سبيل المواساه
والرفق فقبل قوله فيه ولا تجب عليه اليمين وان راى تحليفه
حلفه احتياطا للاستظهار وزوال التهمة فان امتنع فلا
شي عليه لان اليمين ليست بواجبة فلا تجب بالامتناع منها
شيا ويفارق المودع اذا ادعى ردها او هلاكها او تفرقها
حيث قلنا القول قوله مع يمينه على سبيل الوجوب لان الوديعة
حق لادمي معين وكانت مبنية على التضييق والزكاة حق
لله تعالى وجبت عليه على سبيل المواساه لا لادمي معين
وانما هو جهة لصرفها فافترقا وان قال رب المال بعت هذا
المال في اثناء الحول ثم اشتريته فقال الساعي بل هي على
على ملكك او قال كان في يدي وديعة سنة اشهر ثم ملكته فقال

الساعي بل كان في ملكك من اول الحول او قال دفعت الزكاة
الى ساع قبلك او فرقتها بنفسي وقلنا له الخيار ان يفرقها بنفسه
وقال الساعي ما دفعت اليه شيا او ما فرقتها بنفسك او كان له
ثمانون شاة اربعون في بلد واربعون في بلد اخر فقال دفعت
الزكاة في البلد الاخر وقال ما دفعتها كان القول قوله لانه امين
وكان القول قوله وان كان الاصل عدم ما ذكره وهل تجب عليه
اليمين فيه وجهان احدهما تجب لان قوله خالف الظاهر بخلاف
المسائل قبلها لان الظاهر هناك فيها مع رب المال والثاني
انه يحلف احتياطا كالقسم قبله لانها لو وجبت هاهنا لوجبت
اذا كان الظاهر معه كما قلنا في المودع فانه لا فرق في المودع
بين ان يكون ينكر شيا من الوديعة او يدعي ردها او هلاكها
فان قلنا انها لا تجب فامتنع فلا شي عليه وان قلنا انها
تجب فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لم يحلف الساعي لانه
نائب عن الفقراء والنائب لا يحلف كالوكيل ولا يمكن تحليف
الفقراء لانهم لا يتعينون قبل الدفع قال ابو العباس بن القاص
يؤخذ منه الزكاة بنكوله عن اليمين وقال ساير اصحابنا
لا يؤخذ منه بنكوله وانما يؤخذ منه بسبب ظاهر وهو مضي
الحول وملك النصاب فاذا لم يحلف كان الاصل بقاؤها في ذمته
كما ان الزوج اذا قذف زوجته وجب عليه الحد فاذا لاعن

p. [213]-214

سقط عنه واذا امتنع حبس بالقذف المتقدم الا ان النكول عن
اللعان وان قال رب المال غلط الخارص فيما قاله فقال العامل
لم يخط نظرت فان ادعى غلطا يجوز مثله على من خرص
في خرصه فالقول قوله مع يمينه فان حلف برئ وان نكل كان
على الوجهين في اليمين هل هي واجبة او مستحبة حيث كانت دعواه
مخالفة للظاهر وان ادعى ما لا يجوز مثله خطا على الخارص لم يسمع
دعواه لانه يتحقق كذبه فاما اذا قال اخطا كذا ونقص كذا ولا
ادري ما سوى هذا فان القول قوله وان كان ذلك مما لا يقع غلطا
في الخرص لانه لم يضف ذلك الى خطا الخارص ويحلف وهل اليمين واجبة
او مستحبة هو على الوجهين فان قال رب المال هلكت الثمار او قال
او قال بعضها نظرت فان ادعى ذلك بسبب ظاهر مثل وقوع الجراد
عليها ورعي البهائم وما اشبه ذلك كلفه اقامة البينة على وجود
السبب فاذا اقامها فان اتهمه الساعي في هلاكها بذلك السبب
حلفه فان حلف برئ من الزكاة وان نكل كان على الوجهين في
انها واجبة او مستحبة فان قلنا انها واجبة اخذت منه الزكاة
لان الظاهر بقاء وجوبها وان قلنا انها لا تجب فلا شيء عليه وان ادعى
هلاكها بسبب خفي كالسرقة لم يكلف اقامة البينة على ذلك
بل يكون القول قوله واليمين على الوجهين فصل وان غاب ذمي
بعد مضي شيء من الحول ثم عاد بعد مضي الحول وقال اسلمت قبل مضي الحول

وقال العامل بل اسلمت بعد مضي الحول فالقول قول الذي اسلم
فان حلف فلا شيء عليه وان نكل اخذت منه الجزية قال
ابن القاص ويكون اخذها بنكوله وان اسر غلام من
المشركين وقد انبت وقال عالجت نفسي بما نبت به لكي
وقال ابو بكر الامام بل نبت الشعر من غير علاج فالقول قول
الغلام فان لم يحلف قال ابن القاص جعلته من المقاتلة بنكوله
وان حضر صبيان في قتال الكفار وادعى احدهم انه كان بالغا
في حال القتال فالقول قوله مع يمينه فان حلف استحق السهم
وان لم يحلف قال ابن القاص لا يستحق السهم بنكوله وقال
سائر اصحابنا ليس هذا حكما بالنكول لان الجزية وجبت بمضي
الحول دون نكوله والمدعي للبلوغ مع حضور القتال يستحق السهم
بثبوت ذلك فاذا لم يحلف لم يثبت له ولم يستحق السهم والانبات
يثبت به البلوغ فاذا ادعى انه كان بسبب التداوي واثبت
ذلك بيمينه بطلت دلالته فصل وان كان للمدعي بينة
لم يامر القاضي باحضارها بل هو بالخيار بين ان يحضرها
وبين ان لا يحضرها لان ذلك حق له فكان الى اختياره فان احضرها
وكانت بينة عادلة بان كان الشاهدان معلومي العدالة مشهورين
بذلك او كانا شهدا عنده قبل ذلك فبحث عن عدالتهما او كانا
من جيرانه يعرف عدالتهما بذلك سمعها الحاكم على ما نبينه

من

وقدمت على يمين المدعى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على
المدعي واليمين على المدعى عليه فبدا بالبينة ولانها حجة لا تهمة
فيها لانها من جهة غير المدعي واليمين حجة يتهم فيها لانها من جهة
المدعا عليه لان البينة قول اثنين لغيرهما واليمين قول رجل واحد
لنفسه فقدمت البينة لانها ابعد من التهمة واقوى في الحكم

فصل ولا يجوز للحاكم سماع البينة حتى يساله المدعي ان
يسمعها لانه حق له فلا يجوز ان يستوفيه الا باذنه وان طلب منه
ان يسمعها لم يقل لهما اشهدا لان ذلك امر بالشهادة وانما
يقول من كان عنده من امر هما شي فليذكر او ما تعلمان
من امر هما ونحو ذلك ثم ان شهدا بما ادعاه لم يحكم له بما شهدا
به ما لم يطلب المدعي ذلك منه لانه حق له فلا يستوفيه
الا بمطالبته وقال ابن شاقلا هو على الوجهين في سوال الحاكم
المدعى عليه عما ادعاه المدعي من غير ان يساله المدعي ذلك
والمشهور هو الاول فان طلب منه ان يحكم به حكم ثم قال
المدعا عليه احلفوه انه يستحق ما شهدت به البينة لم
يحلف وبه قال الزهري ومالك وابو حنيفة وقال شريح والنخعي
والشعبي وابن ابي ليلى يحلف مع بينته دليلنا قوله صلى
الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعا عليه فلم
يجعل على المدعي عليه اكثر من البينة ولان الحاكم الحكم بالبينة

110

216

الا بعد معرفة عدالة الشهود فلو قلنا انه يحلف لكان ذلك
طعنا في البينة العادلة ولا سبيل الى ذلك قالوا البينة
تشهد من طريق الظاهر ويجوز ان يكون بخلاف ما شهدت
به فيحلف لذلك قلنا هذا لا يصح لان البينة شهدت له بحق فلم
فاذا احلف كان طعنا عليه فيها ولم يحلف كما لو حكم له الحاكم
بحق فقال احلفوه انه يستحقه لم يحلف وان كان الحاكم يحكم
من طريق الظاهر فان قيل اليس لو ادعى حقا على
غايب او طفل او مجنون واقام البينة حلف معها قلنا انما
يحلف هناك لان المدعي عليه لا يمكنه ان يعبر عن نفسه ولو كان
يمكنه ذلك وادعى سمعت دعواه واحلف المدعي له واذا لم يمكنه
ذلك احلف له استظهارا وليس كذلك هاهنا لان المدعى
عليه يمكنه ان يعبر عن نفسه ويدعي فاذا لم يفعل لم يحلف المدعي له

فصل وان قال ابراني منه فحلفوه انه لم يبرني منه او قضيته
فحلفوه لم اقضه او ملكته فحلفوه اني لم املكه سمعت دعواه
وحلف المشهود له اذا انكر لانه ليس في ذلك قدح في البينة
وما يدعيه محتمل لان هذه الدعوى غير التي شهد بها الشهود
فحلف عليه

فصل وان كانت البينة غير عادله وكانا
فاسقين في الظاهر والباطن او كانا ظاهري العدالة وعلم الحاكم
فسقهما في الباطن او كانت عادله الا انهما شهدا الشهادة غير صحيحه

بان قال لا اعلم ان فلانا له على فلان كذا او كذا وجحود ذلك قال له القاضي
زدني في شهودك لان الذي وجد منهما لا يسوغ الحكم به وان شهد
بمجهول بان قال لا اشهد انه دفع اليه شيا وجحود ذلك بعينه وجهان
احدهما انه يسمع منهما ذلك لانه لما صح الاقرار بالمجهول جاز سماع
البينة به والثاني انه لا يسمع لان البينة انما سميت بينة
لتبينها ما تشهد به وهذه لم تبين شهادتهما فلم تكن بينة وان
شهدا انه اقر له بمجهول او اوصى له بما في يده بمجهول سمع شهادتهما
وجها واحدا كما تسمع الدعوى من المدعي بذلك وبهذا فارقت
التي قبلها فصل وان قال المدعي لي بينة غايبة وطلب
يمين المدعا عليه احلف لان البينة الغايبة كالمعدومة لتعذر
اقامتها فان حلف المدعا عليه ثم حضرت البينة وطلب المدعي
من الحاكم سماعها والحكم بها وجب سماعها والحكم بها وبه قال مالك
وابو حنيفة وهكذا ان كان مالا فاقام شاهدا وامراتين او
شاهدا واحدا وحلف معه وقال ابن ابي ليلى وداود لا يسمع
بينة المدعي لا بعد احلافه المدعا عليه دليلنا ما روي عن
عمر انه قال البينة العادلة احق من اليمين الفاجرة ولان البينة
كالاقرار ثم يجب الحكم بالاقرار بعد اليمين فكذلك بالبينة
ولان يمين المدعا عليه وحكم الحاكم بها لا يسقط الحق الثابت
عليه فلم يمنع ان يسمع بينته به ويحكم عليه قالوا اليمين حجة للمدعي

218

بعد حجة المدعا عليه قلنا هذا لا يصح لان البينة اقوى من اليمين
ولهذا اعدم على اليمين فلا تعتبر البينة باليمين فصل وان
قال لي بينة حاضرة ولكني اريد ان احلفه حلف وقيل لا يحلف
وحكي عن ابي حنيفة مثله والمشهور هو الاول لانه قد يكون له غرض
في احلافه وتاخر البينة بان يتورع عن اليمين فيقر واثبات الحق بالاقرار
اقوى واسهل من اثباته بالبينة ويستغني عن اقامة البينة
او الحيا ان يقيم البينة بعد يمينه ليثبت كذبه فصل
وان قال لي بينة حاضرة ولا غايبة وكل بينة تشهد لي فهي كاذبة
وطلب احلافه فحلف ثم اقام البينة على الحق فيه ثلاثة اوجه
احدها انه لا يسمع وبه قال محمد بن الحسن لانه كذب بينته بقوله
ليست لي بينة على ما مضى والثاني ان كان هو الذي استوثق بالبينة
على المدعى عليه لم يسمع لانه كذبها وان كان غيره استوثق بالبينة
كالوكيل او كانت شهدا عليه من غير ان يشهدهما سمعت بينته
لانه لم يعلم بالبينة فرجع قوله لا بينة لي الى ما عنده دون التكذيب
والثالث انها تسمع بكل حال وبه قال ابو يوسف وهو ظاهر
المذهب وهو الصحيح لانه يجوز ان يكون ما علم وان علم فلعله
نسي فرجع قوله لا بينة لي الى ما يعتقده دون التكذيب وهكذا
ان كان مالا فاقام شاهدا وامراتين او اقام شاهدا واحدا
وحلف معه ثبت حقه ايضا لان ذلك بينة في المال ٥

p. [219]-220

فصل وان قال المدعي لي بينة بالحق فهو بالخيار بين ان
يحلف المدعا عليه وبين ان يتركه حتى يحضر بينته ولم يجز له
ملازمة الخصم قبل حضورها ولا مطالبته بكفيل وقال ابو حنيفة
له ملازمته ومطالبته بكفيل ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم
شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك فلم يجعل له شيا اخر ولان
كل حال امكن فصل الحكومة فيها باستحلاف الخصم لم يكن
له ملازمته فيها كما لو لم يكن له بينة فصل وان شهد له
شاهدان عدلان عند الحاكم والمدعا عليه لا يعلم ان له دفع
البينة بالجرح قال له القاضي قد شهد عليك فلان وفلان وقد
ثبتت عدالتهما عندي وقد سالني خصمك ان اقضي له بشهادتهما
وقد اطردتك بفتح الالف وتسكين الطا بلا نقط وفتح الرا
وتشديد الذال جرحهما اي قد امرتك بجرحهما فان اثبت جرحهما
بفسق او عداوة او ترك مروة والا قضيت عليك لان المشهود
عليه بهم من ذلك ما لا يهتم عنه وذلك على وجه الاستحباب ولان
العدالة قد ثبتت في الجملة وان كان المشهود عليه يعلم ذلك
فللقاضي ان يقول له ذلك وله ان يسكت فان قال المشهود عليه
ليس لي بينة بجرحهما حكم عليه وان قال لي بينة بجرحهما انظره
واطلق فان اتى بها سمعها وان لم ياتي بها حكم عليه لما روي
عن عمر انه قال في كتابه الى ابي موسى واجعل لمن ادعى حقا غايبا

امدا ينتهي اليه فان احضر بينة اخذت له حقه والا استحللت
عليه القضية فانه انفى للشك واجلى للعمى ولا ينظر اكثر
من ثلاثة ايام لانه كثير وفيه اضرار بالمدعي وان قال لي بينة بالقضا
والابرا امهل ثلاثة ايام فان لم ياتي بها حلف المدعي انه لم يقبضه او
لم يبره لم يقض له لما ذكرناه وللمدعي ان يلازمه الى ان يقيم البينة
بالجرح او القضا او الابرا لان الحق قد ثبت في الظاهر فصل
وان شهد له شاهدان ولم يثبت عدالتهما في الباطن فسال المدعي
الحاكم ان يحبس الخصم الى ان يسال عن عدالة الشهود فان كان
ذلك في قصاص في حد قذف حبسه الحاكم لان الذي كان
على المدعي قد فعله والذي بقي من البحث انما هو على الحاكم ولان
الظاهر من حالهما العدالة وانما يبحث الحاكم عنها مخافة ان يكون
هناك فسق والاصل عدمه وان كان ذلك في مال فعنه وجهان احدهما
وهو قول ابي اسحق المروزي وظاهر المذهب انه يحبس لان الظاهر
العدالة وعدم الفسق والثاني وهو قول ابي سعيد الاصطخري
انه لا يحبس لان الاصل براة ذمته ولان الحق يتعلق بماله فيمكن
استيفاوه وان هرب ويتوارى بخلاف الحد والقصاص وهذا
لا معنى له لا مكان ان يغيب ماله مع ذلك فلا يوصل اليه ولا الى ماله
ويستضر الخصم به فصل وان شهد له شاهد واحد
وسال الحاكم ان يحبسه الى ان ياتي بشاهد اخر ففيه قولان احدهما

انه يحبس كما يحبس اذا جهل عدالة الشهود والثاني انه لا يحبس
وهو الصحيح لانه لم يثبت تمام البينة ويخالف اذا جهل عدالة الشهود
لان البينة هناك قد تم عددها والظاهر عدالتها وقال ابو اسحق
المروزي ان كان الحق مما لا يقضى فيه بالشاهد واليمين كالقصاص
وحد القذف كان على القولين احدهما انه يحبس لان حبسه قد
فوت لثبتها دينه والثاني انه لا يحبس لان هذا الواحد ليس
بحجة في القذف وغيره وان كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد
واليمين كالمال وما يقصد به المال حبس قولا واحدا لان
الشاهد الواحد حجة فيه لانه يمكنه ان يحلف معه فيحكم له كالولد الحرة
ونحوها **فصل** واذا علم القاضي عدالة الشاهد او فسقه
عمل ما مضى عمل بعلمه في قبوله ورده وقيل هو على القولين في المحكوم
فيه والمشهور هو الاول وان علم حال المحكوم عليه اي فيه نظر
فان كان ذلك في حق الادمي ففيه وجهان قولان احدهما انه يجوز
ان يحكم فيه بعلمه وبه قال شريح والشعبي ومالك واحمد واسحق وابو
عبيد ومحمد بن الحسن لقوله صلى الله عليه وسلم للحضرمي شاهداك
او يمينه ليس لك الا ذلك ولانه لو كان علمه كشهادة اثنين
لا ينعقد النكاح به وحده ولان في ذلك طريقا الى التهمة على القاضي
فلم يجعل له الى ذلك سبيلا كما لا يجوز له ان يقضي لنفسه لهذا المعنى
والثاني وهو الصحيح وهو اختيار المزني انه يجوز له ان يحكم بعلمه وبه

قال ابو يوسف لما روى ابو سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال الا لا يمنع احدكم هيبة الناس ان يقول في حق اذا رآه او سمعه
ولانه اذا جاز ان يحكم بما يشهد به الشهود وهو من قولهم على
ظن فلان يجوز ان يحكم بما سمعه او رآه وهو على علم اولى لان
ما علمه من ذلك يقطع على معرفته وتحققه وما يثبت عنده
بالبينة يحصل له غالب ظن واذا جاز الحكم بغلبة الظن
كان بما هو اقوى منه اولى فان قلنا بالاول وشهد شاهد واحد
بما علمه فهل يصير علمه مع الشاهد كشاهد اخر فيه
وجهان احدهما انه كشاهد اخر فيجوز له ان يقضي به والثاني
لا يكون كشاهد اخر لان التهمة لا تزول بذلك فكان كما لو انفرد
بعلمه ولا فرق بين ان يكون قد علم ذلك بما قرأه في مجلس الحكم
جهرا او سرا او في غيره وقيل ان علمه بما قرأه في مجلس الحكم جهرا
حكم به قولا واحدا والصحيح انه على القولين لانه اذا انكر المدعى
عليه وانفرد في الحكم عليه بعلمه كانت التهمة بحالها فلا معنى
للفرق بينهما **فصل** وان كان ذلك في حدود الله تعالى
ففيه طريقان احدهما وهو قول ابي العباس بن سريج وابي علي
بن ابي هريرة انها على القولين كحقوق الادميين انه لا يجوز
ان يحكم فيه بعلمه وبه قال شريح والشعبي ومالك واحمد واسحق
والثاني انه يجوز ووجههما ما ذكرناه والطريق الثاني

وهو اكثر اصحابنا انه لا يجوز ان يحكم فيها بعلمه سواء او اصل المادة
عن ابي بكر انه قال لو رايت رجلا على حد لم اخذه به حتى
تقوم البينة عندي ولانه مندوب الى ستره ودرءه والدليل
عليه قوله صلى الله عليه وسلم لو سترته بثوبك يا هزال بالرداء
المنقوطة فقال ان هذا الامر ما عدا ان ياتي النبي عليه السلام
فيخبره بذلك فلذلك قال النبي عليه السلام هلا سترته بثوبك
يا هزال اي لو سترته بثوبك كان خيرا لك فلم يجز الحكم فيه بعلمه
فصل وقال ابو حنيفة لا يقضي القاضي في الحدود
بعلمه ويقضي في غيرها بما علمه بعد الولاية في موضع ولايته
دون ما علمه قبل ولايته او بعد الولاية في غير موضع ولايته
دليلنا حديث ابي سعيد الخدري ان النبي عليه السلام
قال لا يمنعوا احدكم هيبة الناس ان يقول في حق اذا راه
او سمعه ولانه علم صدق المدعي فيما يدعيه فجاز له الحكم
به عند المطالبة كما لو علمه بعد ولاية القضاء في بلد الحكم
قالوا الحكم يكون مرة بالعلم ومرة بالبينة ثم الحكم بالبينة يختص
بما سمع بعد الولاية في بلد القضاء فكذلك الحكم بالعلم قلنا لان
سماع البينة لا يصح قبل الدعوى والدعوى لا تصح في غير بلد
القضاء والعلم يصح قبل الدعوى فصار كالعلم بفسق الشهود
وكعلم القضية ولان ما سمع قبل القضاء ليس بينة ولهذا لو

سمع رجلا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته من غير استدعاء
الا عند القاضي وما يعلمه قبل القضاء علم قالوا اما علمه قبل
القضاء علم شهادة ولا يصير علم قضاء قلنا لا يمنع ذلك كما ان
ما علمه بعد القضاء علم قضاء ثم اذا عزل يصير علم شهادة
وما سمع في الرق والصغر ليس بشهادة ثم يصير بالبلوغ والعتق
علم شهادة فصل وان شهد عند الحاكم شاهدان بما
يعلم الحاكم خلافه لم يجز له ان يحكم بعلمه الا ان التهمة تلحقه في ذلك
ولا يجوز له ان يحكم بشهادتهما لانه قد ثبت عنده كذبهما فهو
كما لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم بها وقيل يجوز له الحكم بها
وليس بشيء فصل وان سكت المدعى عليه ولم يقر
ولم ينكر او قال لا ادري او قال لا اقر ولا انكر قال له الحاكم
ان اجبت عن دعواك والا جعلتك ناكلا ورددت اليمين
عليه فيحلف واقضي عليك بما ادعاه والمستحب ان يقول
له ذلك ثلاثا وان اقتصر على مرة واحدة جاز فان لم يجب عن
دعواه جعله ناكلا وحلف المدعي وقضي له بذلك لانه لا يخلو
اذا اجاب من ان يقر او ينكر فان اقر بعد قضي عليه بما يجب
على المقر وان انكر فقد حصل انكاره بالنكول عن اليمين
فقضينا عليه بما يجب على المنكر اذا نكل عن اليمين
فصل وقال ابو حنيفة لا اجعله ناكلا بذلك بل احبسه
حتى يجيب عن دعواه دليلنا هو ان النكول عن الجواب ابلغ من النكول

p. [225]-226

عن اليمين الا ان هذا شروع عن اليمين وليس في
الدعوى عن جواب الحاكم ودع واذا صار ناكلا بالنكول
عن اليمين كان بان يصير ناكلا عن تكلمه عن الجواب اولى
فصل وان قال الى حساب واريد ان انظر فيه فلم
يلزم المدعي انظاره لما فيه من الاضرار به من غير ان يجيب
عن دعواه وان قال برئت اليه مما يدعي او قال ابراني
من هذا المال او قضيته فقد اقر بالحق لان دعواه البراة
تتضمن الاقرار بالحق لان البراة لا تكون الا عن حق وجب
عليه ولا يقبل قوله في البراة والقضا الا ببينة فان قال
لي بينة قريبة بالقضا او الابرا امهله ثلاثة ايام وللمدعي
ان يلازمه حتى يقيم البينة لما مضى وان لم يكن له بينة فالقول
قول المدعي مع يمينه لانه صار بذلك مدعا عليه البراة والاصل
عدمها فاذا حلف انه ما برى اليه ولا من شي منه ولا
قضاه ولا استوفاه منه استحقه وان قال برئت اليه من هذا
المال قال ابن القاص في ادب القاضي مذهب الشافعي ان يسال
المدعي عليه فان قال من قضيته كان اقرارا وحلف المدعي
بالله ما اقتضاه وان قال برئت اليه بان حلف له او اقام
بينة على اقراره بالمبراة كان القول قوله مع يمينه قال
وقال الكوفي يعني ابا حنيفة هذا اقرار بانه قد قضاه فان

صح القضا والا لزمه قال وان قال المدعا عليه عندي المخرج
من هذه الدعوى فقد قال الشافعي وابو حنيفة ليس ذلك
باقرار وشرح ذلك لو قال عندي البراة من هذه الدعوى
لم يكن ذلك عندهما اقرارا وقال ابن ابي ليلى هو اقرار فان
لم يات بالمخرج لزمه ما ادعي عليه قال وان قال المدعى عليه
قد ابراني من هذه الدعوى ولا احلف بين ان الشافعي
والكوفي ان ذلك ليس باقرار قال قاله الكوفي نصا وقلته
عن الشافعي تخريجا عن المسلة الاولى قال وقياس قول ابن
ابي ليلى ان ذلك اقرار وقلته تخريجا على جوابه في المسلة الاولى
قال واختلفوا في احلاف المدعي في هذه المسلة ان اراد
المدعى عليه يمينه بالله تعالى انه ما ابراه من هذه الدعوى
فمذهب الشافعي في ذلك ان يحلف المدعي لانه لو اقر ان لا
دعوى له عليه برى قال ولو قال المدعى عليه عندي المخرج
من هذا المال او البراة من هذا المال او قال انا بري من
هذا المال وانا اقيم البينة على ذلك فاسمعها لم يعذره
القاضي بذلك حتى يبين وجه المخرج البراة بما يجوز ان يتوجه
عليه الشهادة قال واختلفوا هل يجعل ذلك اقرارا فمذهب
الشافعي والكوفي ان ذلك ليس باقرار قال وعليه فيما علاك
المخرج تخريجا وقياس قول ابن ابي ليلى ان ذلك اقرار لانه

قال لو قال المدعى عليه عندي المخرج كان اقرارا وان قال
المدعى عليه عندي المخرج لم يكن اقرارا وان قال المدعى
عليه الخصم لي ان احلف ساله القاضي عن ذلك فان قال
لاني حلفت ان لا احلف عند حاكم او نذرت لم يعذره
القاضي بذلك ولم يجعله نكولا واخذه باليمين فان ابى
ان يحلف رد اليمين على المدعي لما مضى وان احلف
المدعى عليه وقال قد حلفني على هذه الدعوى مرة واستنظر
اقامة البينة على يمينه انظره القاضي ثلاثة ايام وان قال
حلفني عندك والقاضي يعلم انه ما حلفه فلا افصل منه ذلك
ولا ينظره لاقامة البينة الا ان يقول حلفني عند حاكم غيرك
وان لم يكن للقاضي بذلك علم فاقام البينة انه حلفه عنده
قبلها وان لم يقم المدعى عليه بينة على ذلك وطلب احلاف
المدعي انه لم يحلفه على هذه الدعوى حلف فان قال المدعي
ايضا لا احلف فانه قد حلفني على ذلك مرة ولي بذلك
عليه بينة سمعها القاضي وان قال لا بينة لي فحلفوه على
انه لم يحلفني اي ما حلفته في هذه الدعوى لم يسمع القاضي
من المدعا عليه دفع ذلك عمل مسالته و دعواه وان ذلك
يطول الى غير نهاية وفي ذلك ذريعة الى منع القاضي من الوصول
الى الحكم فالمدعي احق ان يقطع المادة لان الطالب دون المدعا

عليه فاما ان يحلف واما ان يقوم من المجلس قال وكله على
مذهبها اي على مذهب الشافعي وابي حنيفة تخريجا وان حضر
وكيل الغائب قد ثبتت وكالته دخلا عند القاضي وان
ادعى عليه للموكل حقا وانكره فاقام البينة عليه بذلك
فقال المشهود عليه للحاكم حلفه انه يستحق علي المطالبة
لم يسمع للحاكم منه ذلك لان ذلك طعن في الشهود وان قال
قصد ان هذا وكيل الموكل قبض حقه او قال ابراني منه
ولم يدع علم الوكيل لم يسمع منه هذه الدعوى لانه لو
سمعها منه وقف المطالبة بالحق الى حضور الموكل ويمينه
فضعف بذلك الحقوق بل يقال له ادفع الحق الذي ثبت عليك
وانت على دعواك الى حضور الموكل وان سال الحاكم ان
يحلف الوكيل ان موكله ما قبض او ما ابراه لم يحلفه لان
الوكيل لا يحلف عن الموكل وان ادعى علم الوكيل بذلك سمع
دعواه وان سال الوكيل عنه فان صدقه بطلت وكالته
وسقطت مطالبته وان انكر حلفه بالله انه لا يعلم ذلك
وبه قال زفر وقال ابو حنيفة لا يحلفه وقد مضى الكلام عليه
في كتاب الوكالة فاغنى عن الاعادة فصل وادى الخصم
الى الحاكم اعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة الا عدلين اي
اذا كان ذلك مما لا يثبت الاقرار عنه الا بعدلين وبه قال احمد

وقال ابو حنيفة يقبل فيه قول الواحد دليلنا هو انه قول
يتعلق الحاكم عليه فلم يقبل الا من عدلين كالاقرار فان
قيل السبب الترجمة ليس باقرار وانما هي تفسير
اقرار قلنا هو وان كان تفسيرا فانما يثبت الاقرار
عند الحاكم به لان الحاكم لا يعرف ما قاله ولا يثبت عنده
بذلك شيء وانما يثبت ذلك بقول الاثنين هذين ولانه اخبار
لا يقبل فيه قول العبد فافتقر الى العدد كسائر الشهادات
فان قالوا هذا فيما لا يفتقر الى لفظ الشهادة فيقبل
فيه من الواحد كاخبار الديانات قلنا قولكم لا يفتقر
الى لفظ الشهادة غير مسلم بل هو مفتقر الى لفظ الشهادة
فيحتاج ان يقول المترجم اشهد الله انه يقر او كذا
ويخالف اخبار الديانات لانه يعتبر فيه الحرية بخلاف
اخبار الديانات بدليل انه لا يقبل فيه قول العبد كما
لا يقبل في الشهادة وفي الاخبار يقبل قول العبد
فافترقا فصل وان كان الحق مما يثبت بشاهدين
وشاهد وامراتين وشاهد ويمين وهو المال وما
يقصد به المال قبل ذلك في الترجمة اي قبل فيه شاهدين
او شاهد وامراتين او شاهد مع اليمين بان يحلف الخصم
مع المترجم الواحد وان كان مما لا يقبل الا بعدلين ذكرين كالعقو

والطلاق لم يقبل في الترجمة الا ذكرين ومتى كان في اقرار
بالزنا ففيه قولان احدهما انه يثبت بشاهدين والثاني انه
لا يثبت الا باربعة شهود وهما مبنيان على القولين في عدد
الشهود الذين يثبت بهم الاقرار بالزنا فصل
وان حضر رجل عند القاضي وادعى حقا من حقوق الادميين
على غائب عن البلد او ادعى على حاضر في مجلس الحكم فهرب
قبل ان يسمع الحاكم البينة عليه او بعد ما سمعها وقبل الحكم
عليه او على حاضر في البلد فاستتر وتعذر احضاره
نظرت فان لم يكن مع المدعي بينة لم يسمع الحاكم دعواه
لان سماعها لا يفيد شيئا وان كانت معه بينة سمع دعواه
وسمع بينته على ما مضى لانا لو قلنا انه لا يسمع بينته جعل
الغيبة والاستتار طريقا الى اسقاط الحقوق التي نصب
الحاكم لحفظها والحجة ان يقول وهو يجحده وقيل ينبغي ان
يدعي جحوده وليس بشيء لانه اقام على الكذب ولانه اذا
جاز ذلك مع سكوت الحاضر عن الجواب فمع الغيبة اولى
واذا اقام المدعي البينة وطلب ان يحكم عليه لم يحكم عليه
الا بعد ان يحلف المدعي انه لم يبرا المدعى عليه من الحق ولا
من شيء منه بوجه ولا سبب واليمين هاهنا واجبة وقيل
هي على سبيل الاحتياط واليه ذهب الصيمري والمذهب الاول

p. [231]-232

الا انه يجوز ان يكون ملاحاث بعد ثبوت الحق عليه بالبينة
وقت الاشهاد عليه ابرا او قضا او حواله ولهذا لو
حضر من عليه الحق وادعى البراه لشي من ذلك سمعت
دعواه وحلف عليه المدعي فاذا تعذر حضوره وجب
على الحاكم ان يحتاط له ويحلف عليه المدعي واذا حلف وطلب
المدعي ان يحكم له بذلك جاز له الحكم به سوا كان الميت له
ورثة او بعينه وبه قال مالك واحمد واسحق فصل
وقال ابو حنيفة لا يجوز القضا على الغايب وانما يجوز ان يسمع
البينة عليه ثم يكتب الى حاكم ذلك البلد بما ثبت عنده ليحكم
عليه الا ان يكون للغايب وكيل حاضرا او ضامن عنهم
عنه او ادعى على جماعة من الورثة او الشركا حقا وقد حضر
منهم واحد وغاب الباقون دليلنا هو انه حال يجوز فيها سماع
البينة على المدعى عليه فجاز الحكم بها عليه كحال الحضور فان
قيل لا نسلم ان سماع البينة هاهنا للاثبات وانما يسمعها سماع
الشهادة على الشهادة حتى يكتب بها الى حاكم البلد الاخر
فيكون واسطة بين الشهود وبين الحاكم الاخر فيودي اليه
شهادتهم قلنا هذا لا يصح لانه لو كان شهادة على شهادة لما
اقتصر فيه على قول الحاكم وحده لان شهود الفرع اقلهم اثنان
ولو كان شهادة لما لزم الحاكم حملها كما لا يلزم حمل الشهادة على الشهادة

بل
الاجرة عليهم بالسوية كاجرة الكاتب قلنا عمله لصاحب
الاكثر اكثر لان عمله هو الكيل او الوزن او الذرع وما
يقع من ذلك لاصحاب الاكثر اكثر بخلاف كتب الكاتب
فان الحروف لا تختلف في حقهم باختلاف وعلى انه يبطل بالحافظ
فان حفظه للكثير والقليل سوا وتختلف اجرته باختلاف
المال ولهذا اذا كان بين رجلين غنم لاحدهما عشرها والباقي
للاخر فاستاجرا من يرعاها فان عمل الراعي في السهم القليل
كالعمل على السهم الكثير ثم يتساويان في الاجرة بل
يقسط على قدر ملكيهما كذلك هاهنا فصل
وان امتنع بعض الشركا عن القسمة فاجبره الحاكم عليها كانت
الاجرة عليهم على قدر املاكهم وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد
وقال ابو حنيفة تجب الاجرة على الطالب للقسمة لانها حق
له وهذا غلط لان الاجرة تجب على الافراز والانصبا وهم فيها
سوا ولا يوثر فيها امتناعه في ذلك لانه امتنع من حق
وجب عليه والحاكم قام مقامه فصار كانهم تراضوا عليها
قال في الافصاح وينبغي اذا كانت القسمة في حق طفل او
مجنون او غايب ان يطلق القاضي في جعل جميعها على
الذي طلب القسمة ودونا لان في ان يحتسب وان اعطا
الاجرة من مال الطفل والمجنون المقسوم عليهما شيا سبا

اذا لم يكن لهما في القسمة حظ فاما حقيقة الحكم فيه فمنع **فصل**
وان كان القاسم نصبه الشركا جاز ان يكون فاسقا وجاز
ان يكون عبدا لانه وكيل لهم ولا يلزمهم قسمته الا برضاهم
واذا ادعى بينهم وخرجت القرعة لم يلزم واحدا منهم ذلك
الا برضاهم ويجب اجرته عليهم على ما شرطوا له لانه اجيرهم
فصل فان وكل بعض الشركا احد شركائه ان
يقسم عنه فان كان وكله على ان يفرد لكل واحد منهما لم يجز
لان على الوكيل ان يحتاط لموكله وفي هذا لا يمكنه لانه يحتاط
لنفسه وان كان وكله على نصيبه ان يكون نصيب الوكيل والموكل
جزءا واحدا جاز لانه يحتاط لنفسه وللموكل وان وكل جميع
الشركا احدهم على ان يقسم عنهم ويميز بينها ما خرج بالقسمة
لكل واحد منهم رايه لم يجز لما ذكرناه والاختيار حتى يوكل كل
واحد منهم وكيلا عن نفسه على الانفراد ويوكل بعضهم
رجلا بجمع حقوقهم بالقسمة جزءا واحدا لما مضى ٥
فصل فان كان في القسمة رد بان يكون بين الشريكين
ارض فيها شجر او بير وقيمة الشجر او البير مائتا درهم
وقيمة الارض مائة درهم فياخذ احدهما الارض والاخر
الشجر او البير ويدفع لصاحبه فضل القيمة ونحو ذلك فهذا
بيع قولا واحدا لان صاحب الرد بذل المال في مقابلة ما .

له من حق شريكه وذلك بيع على الحقيقة يثبت فيه خيار المجلس
ولحوق فيه خيار الشرط ويثبت فيه الشفعة ويثبت فيه
ضمان الدرك ولا يدخله القرعة كسائر البيوع **فصل**
وان لم يكن في القسمة رد وهو ان يمكن تعديل السهام و
غير شي يحصل معها كالحبوب والادهان والالبان وعصير
العنب الذي لم يدخله النار وسائر ما له مثل او ان
يكون بينهما بير لها مراح وكان قيمة المراح يبلغ قدر
قيمة البير او ان يكون بينهما عبدان وقيمتهما متساوية
وما اشبه ذلك ففيه قولان احدهما انها بيع لان كل جزء
المال مشترك بينهما فاذا اخذ احدهما نصف الجميع والاخر
النصف الاخر فقد باع حقه فيما حصل لصاحبه بما حصل
له من حق صاحبه والثاني انها فرز بفتح الفا وسكون
الرا بلا نقط المصيبين وتمييز الحقين لانها لو كانت بيعا
لم يجز تعليقه على ما يخرجه القرعة ولانها لو كانت بيعا
لافتقرت الى لفظ التمليك ولثبت فيه الشفعة ولما تقدر
بقدر حقه كسائر البيوع **فصل** فاذا قلنا انها بيع لم
يجز فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعنب
والعصير الذي انعقدت اجزاؤه بالنار والجبن
والدبس اذا اراد قسمة الحلو منه على الافراد لما مضى .

في البيوع وان قلنا انها فرز النصيبين جاز فيها القسمة
وان قسمت الحبوب والادهان فان قلنا انها بيع لم
يجز ان يتفرقا من غير قبض ولم يجز قسمتها الا بالكيل
كما لا يجوز ذلك في البيع وان قلنا انها فرز النصيبين لم يحرم
التفرق فيها قبل التقابض ويجوز قسمتها بالكيل والوزن
وان كان بينهما ثمرة على النخل فان قلنا ان القسمة بيع
لم يجز قسمتها خرصا لانه لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصا
وان قلنا انها تمييز الحقين فان كانت ثمرة غير الكرم
والنخل لم يجز قسمتها لانه لا يصح فيها الخرص وان كانت
ثمرة النخل والكرم جاز لانه يجوز خرصها للفقراء في الزكاة
فجاز للشركاء فصل ويجوز قسمة العين الموقوفة
لانا ان قلنا ان الملك يزول عن الواقف الى الله تعالى فليس
للموقوف عليهم ملك في عين الموقوف فلا يكون لهم قسمتها
بينهم وان قلنا ان الملك يزول الى الموقوف عليهم فلا يختص بها
الذين يأخذونها بل يكون لهم ولمن بعدهم اما على التشريك
واما على الترتيب الا ترى انهم لا يجوز لهم بيعها فكذا ههنا واذا
كان كذلك لم يكن لهم قسمتها فان قيل اذا قلنا ان الملك
في الموقوف ينتقل الى الموقوف عليهم جاز وليس شيء
فاما قسمة منفعة الموقوف فان تراضوا عليها بالمهاياة

كما

236

جاز لما سيأتي بيانه فصل وان وقف على قوم
نصف ارض والنصف الآخر طلق فاراد اهل الوقف
ان يقاسموا صاحب الطلق فان قلنا ان القسمة بيع لم
يصح قسمته لان بيع الوقف لا يجوز وان قلنا انها تمييز الحقين
نظرت فان لم يكن فيها رد صحت القسمة لانها لا تتضمن بيعا
وان كان فيها رد فان كان الرد من اهل الوقف على
اصحاب الطلق جاز لانهم يبتاعون الطلق جاز لانهم يبتاعون
الطلق ويخلصون الوقف وان كان الرد من اصحاب الطلق
على اصحاب الوقف لم يجز لانهم يبتاعون الوقف لان البيع
يقع على بعض الوقف فصل وان طلب احد الشريكين
القسمة وامتنع الآخر نظرت فان لم يكن على واحد منهما
ضرر في القسمة فان لا ينقص قيمة نصيب كل واحد منهما بها
فان ينتفع كل واحد منهما بما يصير اليه اذا انفرد به كما كان
ينتفع به حال الشركة من غير ان ينقص قيمته كالحبوب
والادهان والثمور والاقطان وسائر ما له مثل والثياب
الغليظة التي لا ينقص قيمتها بالقطع والمساحة في الطول
التي لا ينقص قيمتها اذا قطعت نصفين وما تساوت
اجزاؤه من الاراضي مثل ان يكون بينهما ارض لكل واحد منهما
نصفها وكل ذراع منها [illegible] وفي دورها منفردا كان او

p. [237]-238

مشاعا وما تتساوى اجزاؤه من الدور مثل ان يكون بينهما
دار كبيرة لكل واحد منهما نصفها وكل ذراع منها تساوي
خمسة دنانير مفردا كان او مشاعا اجبر الممتنع منهما على
القسمة لان الطالب يريد ان ينتفع بماله على الكمال بان يفعل
فيه ما شاء من بناء او زراعة وغير ذلك من وجوه التصرفات
من غير اذن شريكه وان يتخلص من سوء المشاركة واختلاف
الايدي من غير اضرار باحد فوجبت اجابته الى ما طلب وهكذا
ان كانت بينهما بئر لها قراح وكان في قيمة القراح سعة قدر
قيمة البئر فطلب احدهما القسمة وامتنع الآخر اجبر الممتنع
وقوم الجميع ثم عدل السهمين بالقيمة واقرع بينهما لان اكثر
ما فيه ان بعض المقسوم اكثر قيمة من بعض وذلك لا
يمنع الاجبار على القسمة كما لو كانت بينهما دارا وطلب
احدهما القسمة فانه يجبر عليها الآخر ان امتنع وان كان
بعضها اكثر قيمة من بعض واحتاج الى التعديل بينهما ده
بالقيمة وهكذا ان كانت بئرا كبيرة يمكن ان تجعل بئرين
او حماما كبيرا لم يمكن ان تجعل حمامين او رحا يمكن ان
تجعل رحاوين بان كان فيها بيتان وآلة حجارة
ولا ينقص بذلك شيء من قيمة نصيب كل واحد منهما مع بقاء
الانتفاع بها على حاله اجبر الممتنع لانها قسمة لا ضرر فيها .

238

فهي كالقسم الاول وعلى هذا الاعتبار قسمة الحوانيت والساحات
والطرق المملوكة في الدروب التي لا تنفذ ان امكن ان تجعل
الواحد من هذه الاشياء اثنين ولم تنقص القيمة والرغبات
بذلك مع بقاء الانتفاع فهي كالقسمة التي لا ضرر فيها ويدخلها
الاجبار لما مضى وان كان يخالف ذلك فهي قسمة ضرر لا
يدخلها الاجبار لما سياتي في فصل وان كان عليهما
ضرر في القسمة بان تنقص قيمة نصيب كل واحد منهما بها
كالجواهر والسيف والخز والسفينة والمركب والسرير
والبساط فانها اذا فصلت نقصت قيمتها بذلك وكالثياب
المرتفعة التي تنقص قيمتها بالقطع كالثوب السقلاطوني
ونحوه مما اذا قطع نصفين نقصت قيمته وكالرحا الواحدة
وهي التي لها حجران في بيت واحد والبئر الصغيرة وهي
التي لا يمكن ان تجعل بئرين والا ماء لها والحمام الصغير
الذي لا يمكن ان تجعل حمامين والدار الصغيرة التي لا يمكن
ان تجعل دارين لم يجبر الممتنع على القسمة وحكي عن مالك انه قال
في الدار ونحوها يجبر دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر
ولا اضرار وروي في الصحاح ان النبي عليه السلام نهى عن قيل
وقال وكثرة السؤال واضاعة المال ولانه اتلاف مال
وسفه فيستحق به الحجر فلم يجبر عليه كالجواهر فلو ان الطالب يريد

يمنع حقه او افراز نصيبه فوجب اجابته اليه كقسمة ما لا
ضرر فيه قلنا نفارق هذا ما الضرر فيه الا ترى انه اذا اطلق
ذكر في الجوهر لم يجب الى ذلك لاجل الضرر كذلك هاهنا
فصل والافرق اذا اقتسمت قسمة نصيب كل واحد منهما
بالقسمة بين ان ينتفع كل واحد منهما بما يصير اليه وبين ان
لا ينتفع في انه اجبر الممتنع وحكى ابو الفتح سليم عن ابي حنيفة
انه يعتبر في القسمة التي لا اجبر الممتنع عليها ان لا ينتفع
كل واحد منهما بما يصير اليه دليلنا قوله عليه السلام لا ضرر
ولا اضرار ونهيه عليه السلام عن اضاعة المال ولان فيها ضرر
موجب ان لا يجبر الممتنع عليها كما لو كانت بينهما جوهرة
فدعا احدهما الى كسرها ولو كانت الدار على صفة لا
ينتفع بها بعد القسمة فصل فان تراضيا على
قسمة البئر والحمام الصغير والسفينة والمركب والقدر
والسرير والبساط قال في الايضاح جاز بخلاف الجوهرة
لان الحاصل منها بالقسمة لا يصلح لشيء والحاصل من السيف
ونحو ذلك يصلح لشيء ما واليه ذهب ابو نصر في الشامل
قلت والذي يقتضيه المذهب ان قسمتها لا تجوز على الوجه
الذي ذكرناه لان ذلك يقتضي السفه لما مضى وما اقتضى
السفه لا يجوز ان يكون جائزا فصل وان كان على

احدهما ضرر دون الاخر بان كان لاحدهما خمسة اسداس
دار وللاخر السدس ولا ينتفع بما يصير له منفردا في
السكنى بان لا يصلح اذا اقتسم للسكنى نظرت فان كان
الضرر على الممتنع اجبر عليها وبه قال اهل العراق وقال
ابو ثور لا يجبر الممتنع عليها بل نوقف منها لانه قسمة فيها
ضرر فلا يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما جميعا وهذا
خطا لانه سهو لانه يطلب حقا له فيه منفعة فوجب الاجابة
اليه وان كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين
على رجل لا يملك الا ما يقضي به دينه فصل وقال
ابن ابي ليلى واحمد يباع ويقسم الثمن بينهما دليلنا هو انه طلب
افراز نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه فوجب اجابته الى
ذلك كما لو كانا لا يستضران بالقسمة فان طلب منه قسمة
يستضر بها فلا يلزم اجابته اليها كما لو كان بينهما جوهرة
قلنا هاهنا يطلب حقا له فيه منفعة فوجبت الاجابة
اليه وان كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على
رجل لا يملك الا ما يقضي به دينه فانه يجبر على دفعه وان كان
يستضر بذلك وهناك لا يطلب حقا له فيه منفعة فافترقا
فصل وان كان الضرر على الطالب دون الاخر ففيه
وجهان احدهما انه يجبر وبه قال ابو حنيفة لانه قسمة لا ضرر فيها

على احدهما فاجبر الممتنع كما لو كان الضرر على الممتنع دون
الطالب والثاني انه اجبر وهو الصحيح لانه يطلب ما ينتفع
به فلم يجبر الممتنع وخالف اذا لم يكن على الطالب فيها ضرر
لانه يطلب ما ينتفع به وهذا يطلب ما يستضر به وذلك
سفه فلم يجبر الممتنع كما لو كان فيها ضرر عليهما جميعا ٥

فصل واذا كان بين اربعة دار الواحد نصفها
والنصف الاخر بين الثلاثة فطلب صاحب النصف
القسمة وامتنع الباقون اجبروا على قسمة نصيبه وهو النصف
لما مضى وكان النصف الاخر بين الثلاثة وان طلب واحد
من الثلاثة القسمة ولم يكن عليه ضرر فيها اجبر الاخرون
وان كان عليه فيها ضرر لم يجبر عليها لما مضى في الشريكين

فصل وان كان بينهما حبوب كالبر والشعير ونحوهما
وطلب احدهما ان يقسم كل جنس منها على الانفراد وامتنع
الاخر اجبر الممتنع لانه يمكنه ان يفرد لكل واحد منهما جميع
حقه من الشيء المقسوم من غير اضرار وان طلب قسمة
بعضها في بعض بان يقوم الجميع ويعدل السهمين بالقيمة
فيكون البر بينهما والشعير بينهما ونحو ذلك وامتنع الاخر
لم يجبر الممتنع عليها لانه لا يصل الى كل واحد منهما جميع
حقه من الشيء المقسوم وانما ينتقل حقه من عين الى عين .

مجرى مجرى البيع في المنع من الاجبار عليه فان تراضيا ان
يقسم بينهما على ذلك جاز لان اكثر ما فيه انه بيع ولا يمتنع
ان يبيع الانسان حقه في عين بحق الاخر في عين اخرى
بالتراضي فان بادر احدهما واخذ من البر او الشعير نصيبه
من غير اذن شريكه لم يجز لان ما اخذه مشاع بينهما وما بقي
كذلك فلم يجز كالثياب والدور ومن اصحابنا من قال
يجوز ويصير ما اخذه له وما بقي لشريكه لانه لا يحتاج الى التقويم
والحزر والمساحة والذرع بخلاف الثياب والدور
وهذا لا يصح لان القسمة في احد القولين بيع وفي الثاني تمييز
الحقين بالتراضي ولم يوجد من الاخر ذلك فاشبه سائر
الاموال المشتركة وهكذا الحكم في التمر والزبيب والادهان
والالبان والاقطان والدنانير والدراهم وسائر ما له
مثل في جميع ذلك فصل وان كان بينهما دور او اراضي
مختلفة في بعضها نخل وفي بعضها شجر غير النخل او بعضها
يسقى بالسيح اي السيل من نهر او عين وبعضها يسقى
بالناضح اي بالجمال او الدواليب من نهر او بئر وكان لكل
واحد منها طريق على حدته وباب على الانفراد فطلب
احدهما ان يقسم بينهما اعيانا بالقيمة اي يفرد كل واحد
منهما بعين منها على الانفراد وطلب الاخر قسمة كل عين .

بينهما على قدر النصيبين من كل عين قسم كل عين على قدر النصيبين
لان كل واحد منهما له حق في الجميع اي في كل عين فجاز له ان
يطالب بحقه في الجميع كالعين الواحدة وقال ابو اسحق
المروزي اذا كانت اراضي متجاورة جرت مجرى القراح
الواحد وجاز ان يقسم قراح في نصيب وقراح اخر
في نصيب اخر قسمة اجبار وقال غيره من اصحابنا انما
تجري مجرى القراح الواحد اذا كان شربها واحدا وطريقها
واحدا فاما اذا كان لكل واحد منها شرب منفرد وطريق
منفرد فهي كالدور وهذا هو المذهب فصل
وقال مالك ان كانت الدور في محال مختلفة قسمت كل واحدة
على الانفراد كقولنا وان كانت في محلة واحدة قسمت
اعيانا وقال ابو يوسف ومحمد ان كانت اجناسا مختلفة
قسم كل واحد على الانفراد وان كانت جنسا واحدا
ورأى الحاكم ان يجعل احدى الدارين نصيبا جاز دليلنا هو
انها قسمة يتضمن نقل الحق من عين الى عين فلم يجبر عليها كما
لو كانت الدور في محال مختلفة وهذا على مالك وعلى ابي يوسف
ومحمد كما لو كان بينهما دارا وعين اخرى من غير جنسها او كانت
جنسا واحدا وكان الخلط في قسمة كل عين منفردة قالوا
المتجاورتان تتقارب منفعتهما قلنا تقارب المنفعة لا معنى له .

كما لو كانتا جنسين يتقارب منفعتهما فصل وهكذا
الحكم فيه اذا كانت احداهما حجرة الاخرى وقال
ابو حنيفة اذا كانت احداهما حجرة الاخرى فجعل احديهما
في احد النصيبين جاز لانهما جريا مجرى الدار الواحدة قلنا
لا نسلم ان حجرتها من جملتها بل هي مسكن منفرد عن الدار
فاشبه المتجاورة فصل وان كان بينهما خان ذو
بيوت ومساكن جاز قسمته وافراد بعض المساكن عن بعض
لانه مجرى الدار الواحدة يكون فيها البيوت والصفاف ه
فصل وان بينهما عضايد متلاصقة اي دكاكين صغار
متلاصقة لا يمكن قسمة كل واحد منها على الانفراد فطلب
احدهما ان يقسم اعيانا بعضها من بعض وطلب الاخر
ان يقسم كل واحد منها على قدر النصيبين ففيه وجهان احدهما
انها تقسم اعيانا كالدار الواحدة اذا كان فيها بيوت
والثاني انه يقسم كل واحد منها على قدر النصيبين لان كل
واحد مسكن على الانفراد لانها تختص بطريق وباب
فيقسم كل واحد منها على الانفراد كالدور المتفرقة ه
فصل وان كان بينهما دار سفلها وعلوها فطلب
احدهما ان يقسم السفل والعلو بينهما وامتنع الاخر اجبر
الممتنع وان البناء في الارض يجري مجرى الغراس يتبعها في البيع

والشفعة ثم لو طلب قسمة ارض فيها غراس اجبر عليها
كذلك هاهنا وان طلب احدهما ان يقسم فيجعل العلو
لاحدهما والسفل للاخر واتفقا عليه جاز لان اكثر ما فيها
انها بمنزلة الدارين المتجاورتين وقد ثبت ان الحكم
قسمتها اذا اتفقا على ان يكون احدى الدارين لاحدهما
والاخرى للاخر وكذلك في السفل والعلو وكذلك ان
اتفقا على ان يكون لاحدهما جميع العلو ونصف السفل او
جميع السفل ونصف العلو او يأخذ احدهما العلو ومائة
درهم او يأخذ السفل ويدفع مائة درهم جاز وان طلب
احدهما ذلك وامتنع الاخر لم يجبر الممتنع لان العلو تابع
للعرصة في القسمة ولهذا لو كان بينهما عرصة فطلب
احدهما القسمة وجبت القسمة ولو كان بينهما غرفة وطلب
احدهما القسمة لم تجب القسمة ولا تجبر ان تجعل التابع في
القسمة متبوعا ولان قسمة الاجبار انما تكون اذا اخذ
كل واحد من الشريكين نصيبه من المال المشاع على كمال
حقوقه وتوابعه وهاهنا قد عدم ذلك لان صاحب الدار
يملك قرارها ويملك الهوا فاذا جعل السفل نصيبا فقد
انفرد صاحبه بالقرار واذا جعل العلو نصيبا فقد
انفرد صاحبه بالعلو وليس ذلك قسمة عادلة ولان العلو.

مع السفل يجري مجرى الدارين المتلاصقتين لان كل واحد
منهما مسكن منفرد ولو كان بينهما داران لم يكن لاحدهما
ان يطلب بان يجعل احدى الدارين نصيبا كذلك هاهنا على
انه اذا جعل العلو كله لواحد احتاج ان يجعل له على صاحب
السفل طريقا واذا جعل السفل بينهما نصفان والعلو
كذلك فقد امن منه **فصل** وقال ابو حنيفة يقسمه
الحاكم ويجعل ذراعا من السفل بذراعين من العلو وقال
ابو يوسف ذراع بذراع وقال محمد يقسمه بالقيمة وتعلقوا
بانها دار واحدة فاذا قسمها على ما يراه جاز وانما جعل
ابو حنيفة ذراعا من السفل بذراعين من العلو لان
عنده صاحب العلو لا ينتفع بالهوا وصاحب السفل ينتفع
بالقرار وما ذكرناه مقدم عليه وما ذكره غير مسلم بل
الهوا لصاحب العلو وله ان يضع عليه ما لا يضر بصاحب
السفل **فصل** وان طلب احدهما ان يقسم السفل بينهما
ويترك العلو على الاشاعة لم يجبر الاخر على ذلك لان القسمة
تراد لتمييز حق احدهما عن الاخر واذا كان العلو مشتركا
لم يحصل التمييز ولانه قد يقسمان العلو فيحصل لكل واحد
منهما من العلو ما هو على نصيب الاخر من السفل فيتفرق
نصيبه بالقسمة في دار واحدة والقسمة لجميع الحقوق لا لتفريقها.

خلاف القسمة في الدار بين المتجاورين على الانفراد لانها لا
تؤدي الى ذلك **فصل** ولو كان بين مالكيها عرصة
حائط كان مشتركا بينهما فانهدم او هدماه جاز اذا
اتفقا ان يقسما ارض الحائط طولا فيجعل لكل واحد منهما نصف
الطول في كمال العرض فان يكون طوله عشرة اذرع فلكل
واحد منهما خمسة اذرع في كمال العرض فاذا اقتسما انه
كان لكل واحد منهما ما يخرج له القرعة وكان
له ان يبني في نصيبه وان احب ان يدخل بعض عرصته
في داره كان له ذلك واذا بنى كل واحد منهما حائطا فيما
صار له وبقي بينهما فرجة لم يجبر احدهما على سدها واذا
طلب احدهما ان يسدها كان له ذلك وان طلب احدهما
ذلك اي قسمتها على ما مضى وامتنع الاخر اجبر عليها
لانه لا ضرر فيها لانه قسمة اصل لا ضرر فيها على احدهما
وان اراد قسمتها عرضا في كمال الطول فيأخذ كل واحد
منهما نصف عرض الحائط في كمال الطول واتفقا عليه
جاز وان طلب احدهما ذلك وامتنع الاخر منه ففيها وجهان
احدهما انه لا يجبر الممتنع لانه لا تدخله القرعة لانه اذا اقرع
بينهما ربما صار بالقرعة ما لكل واحد منهما في ذلك الى
ناحية ملك الاخر فان تخرج بها لكل واحد منهما النصف

الذي يلي جاره فلا يمكنه الانتفاع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة
لا يجبر عليها كالقسمة التي فيها رد والثاني وهو الصحيح
انه يجبر عليها لانه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين
ان ينتفع بحصته اذا قسم لان كل واحد منهما يصل الى
كمال حقه في الملك المشترك فاجبر على القسمة كما لو اراد
ان يقسماه طولا في كمال العرض ويخالف ما فيها رد لان
لان دخول العوض يجعلها بيعا ولا جبر على البيع فعلى هذا
يجعل لكل واحد منهما نصيبه فيما يلي ملكه ولا اقرع بينهما
لما ذكرناه من انه ربما وقع لاحدهما نصيبه فيما يلي ملك الاخر
فلا ينتفع به فان طلب احدهما قسمة الطول في كمال العرض
وطلب الاخر قسمة العرض في كمال الطول فان قلنا لا
يجبر الممتنع على قسمة العرض اجيب الذي طلب قسمة الطول
وان قلنا يجبر عليها قال ابو نصر في الشامل ينبغي ان يقرع
بينهما فمن خرجت قرعته اجيب الى دعواه ه
فصل ولو كان بينهما حائط فارادا قسمته نظرت
فان ارادا قسمته طولا في كمال العرض واتفقا عليه جاز
ويعلمان على ذلك علامة او يفصلان بينهما بالمنشار وان
طلب احدهما ذلك وامتنع الاخر منه ففيه وجهان احدهما انه لا
يجبر لانه لا بد من قطع الحائط وفي ذلك اتلاف لانا اذا

p. [249]-250

جعلنا له خمسة اذرع من طوله فان قطعنا بينها بالمنشار
بعد الفنا جزا من الحائط ولا نجبر الممتنع على مثل ذلك كما
لو كان بينهما ثوب ينقص قيمته بالقطع فطلب احدهما
قطعه قطعتين وان لم نقطع وانما علمنا علامة على نصفه
فان انتفاع احدهما بنصيبه في الجملة انتفاع بالاخر والثاني
انه يجبر وهو الصحيح لانه يمكن قسمته على وجه ينتفعان
به على ما ياتي بيانه فاجبر عليها كالعرصة فان كان
القطع يضر به لم يقطع ونجعل بين نصيبهما خطا وانتفاع
احدهما بنصيبه دون نصيب شريكه ممكن واذا حمل عليه
فليس يحمل على نصيب شريكه وان كان متصلا به ولان كان
القطع لا يضر به فهو كالثوب اذا كان قطعه لا يضر به
وان اراد قسمته عرضا في كمال الطول واتفقا عليه جاز
لانهما رضيا بما عليهما في ذلك من الضرر قلت وفيه
نظر وان طلب احدهما ذلك وامتنع الآخر لم نجبر الممتنع
وجها واحدا لان ذلك اتلاف وافساد لانه اذا كان
طول الحائط عشرة اذرع وعرضه ذراع فان قسمه
العرض ان يكون لاحدهما عشرة اذرع في نصف العرض
وذلك لا يمكن ان يتميز به الا انا اذا علمنا على نصف
العرض علامة لينتفع على ذلك ما بيده فان وضع على.

فلما لزم ذلك ثبت انه حكم لانه يلزمه الحكم ما دام مقيما على
الولاية ولانه لو كان شهادة على شهادة لاعتبر فيها لفظ
الشهادة ولانه تعذر الوصول الى اقرار المدعى عليه فجاز
ان نحكم عليه بالبينة كما لو حضر فسكت فان قيل انما جاز الحكم
عليه اذا سكت لانه ظالم بامتناعه عن اجابة الدعوى والغائب
ليس بظالم قلنا ومن هرب من المجلس واختفا ظالم بغيبته
ثم لا نقضي عليه عندهم وقد لا يكون الساكت ظالما بان يكون
قد ادعى عليه ما ليس عليه فلا يكون بالسكوت ظالما بل يكون
المدعي بدعواه ظالما ولانا نفرض المسألة فيمن سمع عليه البينة
ثم غاب فيقول حجر في اثبات حق بغيبته لا يمنع من الحكم بها
كالاقرار ولان من لا يعتبر رضاه في الحكم عليه لم يعتبر حضوره
كاحد الورثة والبائع في الشفعة والمعفو عنه فانه اذا ادعى
على رجل انه ابتاع شقصا في يده من فلان الغائب فانكر
واقام المدعي البينة على ذلك حكم بالبيع على الغائب وهكذا اذا ادعى
على رجل انه ضمن عن فلان الغائب كذا وكذا فانكر واقام المدعي
البينة بذلك حكم بالدين على الغائب فان احتجوا بما روي عن النبي عليه
السلام انه قال لعلي كرم الله وجهه حين وجهه الى اليمن لا تقض لاحد
الخصمين حتى تسمع من الآخر كما تسمع من الاول قلنا قد روي في
بعضها اذا جلس اليك الخصمان فلا تحكم لاحدهما حتى تسمع من الآخر

كما سمعت من الاول ولان قوله حتى تسمع من الاخر يقتضي ان
يكون الاخر حاضرا امكن السماع منه قالوا البينة باقامة
الحجة على المنكر والحاجة الى ذلك قبل الانكار فلم يقض بها كما لو كان
حاضرا في البلد قلنا لا نسلم بل البينة تثبت صدقه عند الحاكم
وذلك يحتاج اليه اذا غاب ولان عندهم لو انكر ثم غاب لم تسمع
ايضا فلم يوثر ما قالوه ولانه يبطل به اذا سكت وان في الاصل
وجهان ثم هناك يستغنى بالاقرار عن البينة وتعديلها وها هنا
لا يستغنى ولهذا لا يقضى بالبينة اذا اقر ويقضى بها اذا سكت
وتسمع الشهادة على الشهادة اذا غاب شهود الاصل ولا تسمع
اذا حضروا قالوا لا يجوز للقضا للغايب فلا يجوز القضا عليه
قلنا لان ذلك حق له فلا يستوفى قبل الحضور وهذا حق عليه فاستوفي
عليه ولهذا لا يقضى له اذا حضر الا برضاه ويقضى عليه من غير رضاه
ولهذا لا تسمع بينته قبل حضوره وتسمع البينة عليه قبل حضوره
قالوا حجة احد الخصمين فلا يقضى بها مع غيبة الاخر كاليمين قلنا
المدعا عليه اذا حضر وغاب المدعي لا يجوز للحاكم احلافه لان
اليمين حق للمدعي على المدعا عليه ولهذا لو حضر ولم يطالب به
لم يجز احلافه والبينة ليست بحق للمدعا عليه ولهذا تسمع
وان لم يطالب ان يقام عليه قالوا انما قلتم تفصل احد الخصمين
وترك التسوية بينهما قلنا وفيما قلتم تاخير حق احد الخصمين مع حضوره

بحجته ثم الحاكم يحتاط للغايب باليمين وبالكشف في احد
الوجهين ولان حجة الغايب متوهمة فلا يجوز ترك حجة حاضرة
لحجة متوهمة ولان الغايب ترك حقه باختياره فلا يترك حق
من حضر ولانه اذا قدم فهو على حجته فلا ينقض الحكم وقد ناقض
ابو حنيفة فقال اذا جاءت امراة فادعت ان لها زوجا غايبا
وله مال في يد رجل واحتاجت الى النفقة واعترف لها بذلك
فان الحاكم يفرض لها عليه بالنفقة فصل واذا ادعى
على حاضر في مجلس الحكم وهو قاعد في زاويه منه لم يجز سماع البينة
والحكم بها حتى يحضر ذلك لانه لو احضر لامكن ان يعترف له بما ادعاه
واستغنى عن اقامة البينة والحكم بها عليه وان ادعى على حاضر في
الدعوى البلد يمكن احضاره فعنه وجهان احدهما انه تسمع البينة من المدعي
ويقضى بها على المدعا عليه بعد ما يحلف الحاكم المدعي على ما ادعاه
لان المدعى عليه غايب عن مجلس الحكم فجاز القضا عليه بذلك كالغايب
عن البلد والمستتر في البلد والثاني انه لا يجوز سماع الدعوى
والبينة عليه والحكم بذلك وهو المذهب لانه يمكن احضاره وسواله
فلا يجوز القضا عليه قبل السوال كالحاضر في مجلس الحكم ه
فصل واذا ادعى حقا على ميت سمعت الدعوى والبينة
وقضى عليه فان كان له وارث كان احلاف المدعي مع البينة
ان حقه باق على الميت الى ذلك الوقت الى وارثه وان لم يكن

له وارث فعلى الحاكم ان يحلفه على بقائه على الميت الى ذلك الوقت
ثم يقضي له وان كان على صبي او مجنون سمع الحاكم الدعوى والبينة
وقضى عليه بعد ما يحلف المدعي على ما مضى لانه يعوز الرجوع الى
جوابه فيقضي عليه مع يمين المدعي كالغائب والمستتر في
البلد وقال احمد لا يحلف في هذه الاحوال كلها دليلنا هو
ان الحاكم مامور بالاحتياط في حق الغائب والصبي والمجنون
لانه لا يعبر واحد منهما عن نفسه ويجوز ان يكون قد سقط
حقه عما قامت به البينة بقضاء او ابراء او حوالة فاحتاج الى
اليمين كما اذا ادعى الحاضر البالغ العاقل ذلك واحتجوا بان
النبي عليه السلام جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى
عليه فدل على انه لا يمين على المدعي في ذلك قلنا الخبر محمول على
الحاضرين بدليل ما ذكرناه **فصل** وان سمع البينة على
الغائب ثم قدم او على الصبي ثم بلغ او على المجنون ثم افاق
فان كان ذلك قبل ان يحكم عليه اعلمه الحاكم بذلك فان اعترف
به حكم عليه وان انكر لم يسمع منه لان البينة قد شهدت
عليه بذلك وان ادعى جرح الشاهدين بفسق او عداوة او
ترك مروة وسال الحاكم ان يمهله في الجرح امهله ثلاثة ايام
وان اقام البينة على جرحهما لم يعتبر في الجرح ان يعتد اشهادهما
لوقت لانه قبل الحكم فاذا ثبت الجرح لم يحكم عليه وهكذا اذا ادعى

البراءة بالقضاء او الابراء او الحوالة واقام البينة عليه لم
يحكم عليه وان لم يقم البينة بشيء من ذلك وسأله المدعي ان
يحكم عليه من غير ان يحلفه لانه قد حلفه على ذلك ولا يكلفه
مرة اخرى وان كان ذلك بعد الحكم عليه كان على حجته في
القدح في البينة او المعارضة ببينة يقيمها على القضاء او الابراء
فان اقام البينة على جرح ان هذين على ما مضى بيانه او على
القضاء او الابراء نقض الحكم لانه تبين انه لا حق له قبله ويعتبر
هاهنا في الشهادة في الجرح ان يقول ان هذا شهد انه كان
فاسقا يوم كذا او كذا او ما ذكا المروة يوم كذا وكذا او عدوا
له يوم كذا وكذا في حال الحكم فان اطلق الشهادة لم يسمع بخلاف
اذا كان ذلك قبل الحكم لان فسق الشاهد قبل الحكم يمنع الحكم
بشهادته وفسقه بعد الحكم لا يؤثر فيما حكم به فاذا لم يعتد
ان هذا الجرح احتمل ان يكون حدث فيما بعد الحكم فلم يبطل
الحكم بذلك فافترقا وان تعذر عليه ذلك اعدا الحكم عليه ه
فصل ويجوز سماع البينة على الغائب والحكم عليه بها في
جميع حقوق الادميين كانت في الديون والاقرار والبيع
والاجارة والنكاح والخلع والطلاق والعتق والوقف والنسب
والقصاص في النفس والطرف وحد القذف والدليل عليه
ما مضى ولا يجوز ذلك في حقوق الله تعالى المحضة كحد الزنا والشرب.

لان مبنى هذه الحدود على الدرء والاسقاط وفي سماع الدعوى
فيها والبينة على الغايب الاستيثاق لها والاحتياط في ثبوتها
فلا يقضى فيها على الغايب وان ادعى على غايب ما يتضمن حقا له
وحقا لله تعالى وهو السرقة فاقام البينة عليه ثبت ما هو
حق له وهو الغرم ولم يثبت حق الله تعالى وهو القطع كما
لو انفرد كل واحد من الحقين كان الحكم فيه كذلك فصل
واذا حكم الحاكم بما ادعاه المدعي فان كان ما حكم به عينا حاضرة
سلمها اليه لانه قد ثبت انه يستحقها وان كان حقا في الذمة فان
كان له مال حاضر من جنس ما ادعاه قضى الحق منه وان
كان من غير جنسه بيع منه بقدر حقه وسلم ثمنه اليه وان لم
يكن له مال حاضر وكان الذي ادعاه عينا غائبة فقال المدعي
للحاكم اكتب لي كتابا الى حاكم البلد الذي هو فيه اجابه الى
ذلك وهل يطالبه القاضي بكفيل على ما يسلمه منه فيه وجهان
قال الكرابيسي ان يطالبه بالكفيل لانه قد يكون بريء من ذلك
فيحتاط له بالكفيل وقال سائر اصحابنا لا يسئله ذلك لان
الاصل بقاء الحق عليه فلا يكلف ذلك كما لو كان حاضرا وادعى
البراءة منه وعجز عن اقامة البينة وحلف المدعي فصل
ويجوز للقاضي في بلد ان يكتب الى القاضي في بلد اخر بما ثبت عنده
من شهادة البينة ليحكم به ويجوز ان يحكم ويكتب اليه بما حكم به ليستوفي

180

206

لما روى الضحاك بن سفيان قال ولاني رسول الله صلى الله عليه وسلم
على بعض الاعراب ثم كتب الي ان ورّث امراة اشيم بتسكين
الشين المنقوطة وفتح اليا ساكنتين من تحتها الضبابي
بكسر الضاد المنقوطة من دية زوجها فورثتها ولان الحاجة تدعوا
الى كتاب القاضي الى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به وفيما حكم به ليستوفيه
فان من له حق على انسان في بلد غير بلده لا يمكن اثباته ومطالبته
الا بكتاب القاضي الى القاضي فاجيز لذلك ويجوز ان يكتب قاضي
المصر الى قاضي المصر وقاضي القرية الى قاضي القرية وقاضي المصر
الى قاضي القرية وقاضي القرية الى قاضي المصر سوا كان احدهما من
قبل الاخر او كان من قبل غيره لانه لا يولى القاضي على المصر او القرية
الا اذا كان من اهل الولاية وان كان احدهما اكثر عملا
فصل فان كان الكتاب فيما حكم به جاز قبول ذلك في
المسافة القريبة والبعيدة لان ما حكم به يلزم كل احد امضاوه
وان كان فيما ثبت عنده من شهادة الشهود لم يجز قبوله اذا
كان بينهما مسافة القصر فيها الصلاة هكذا وقع في المهذب
وهو غلط في النقل وانما يجوز قبوله اذا كان بينهما مسافة
فوقها الحجر فيها سماع شهادة شاهد الفرع مع وجود شاهد
الاصل في موضع قد مر على ما ياتي بيانه في موضعه وحكى عن
ابي حنيفة انه يجوز للقاضي في احد طرفي البلدان يقبل كتاب

p. [257]-258

القاضي الذي في الطرف الآخر في ذلك دليلنا هو ان القاضي الكاتب
فيما حمل يشتد به المبهم شهود الكتاب كشاهد الاصل والشهود
الذين يشهدون بما في الكتاب كشهود الفرع وشهادة الفرع لا
تقبل مع قرب شاهد الاصل وكذلك هنا قالوا الكتب بما ثبت
عنده فاشبه اذا كان في مسافة تقصر فيها الصلاة قلنا هناك
تعذر حضور شهود الحق وها هنا لا تعذر ولهذا فرقنا بين
الموضعين في الشهادة على الشهادة **فصل** واذا اراد
الكتاب فيما حكم به فان كان دينا كتب بسم الله الرحمن الرحيم حضرني
في مجلس حكمي وقضائي يوم كذا من سنة كذا فلان بن فلان الفلاني
بصفه الى صنعه او قبيله وادعى على فلان بن فلان الفلاني
فشهدا عندي بما ادعاه وقبلت شهادتهما لثبوت عدالتهما
عندي واحلفته على الحق وطلب ان احكم عليه به فحكمت وسألني
ان اكاتبك به فاجبته الى ذلك واذا اراد الكتاب فيما شهد
به ان هذا ولم يحكم به كتب شهد فلان وفلان على ما مضى
لفلان الفلاني على فلان الفلاني بكذا وكذا قال الشيخ ابو حامد
الاسفراييني ولا اقول ثبت عندي لان ثبوته عنده حكم منه به
وقيل يقول ثبت عندي ولا يكون ذلك حكما منه به بل يكون نقل
شهادة وهو قول القاضي ابي حامد المروروذي وللقاضي المكتوب
اليه ان يقضي بهذه البينة التي شهدت عند القاضي الكاتب بعد

ثبت عنده شهادتهما بذلك عند القاضي الكاتب كما يحكم بشهادة
شهود الاصل اذا ثبت عنده شهادتهما بشهادة شهود الفرع
وهكذا اذا لم يثبت عدالتهما عنده جاز له ان يحكم بشهادتهما
عند الكاتب لما بيناه في شهادة شهود الاصل اذا
ثبت عنده شهادتهما عند القاضي الكاتب وثبت الكتاب
عند المكتوب اليه بادائهما شهادتهما عند القاضي الكاتب وثبت
عدالتهما عنده جاز له ان يحكم بشهادتهما عند الكاتب لما
بيناه في شهادة شهود الاصل والفرع **فصل** وان
كان الحق شيئا بعينه فان كان متميزا عن غيره كالعقار
المحدود وكعبد لبعض الكبار مشهور باسمه وصفته حتى
لا يلتبس بغيره فانه يكتب الكتاب به وكذلك ان كانت
دابة معروفة على ما مضى في العبد جاز ايضا ويحكم به المكتوب
اليه اذا ثبت عنده الكتاب لانه في معنى الاول في امكان
الزام التسليم وان كان غير متميز عن غيرها الا بالوصف
كالثوب والعبد غير المشهور مثل ان يشهد الشاهدان
بثوب بعينه او بعبد بعينه صفته كيت وكيت فهل يكتب بذلك
ام لا فيه قولان احدهما انه لا يكتب به قال ابو حنيفة وهو
اختيار المزني لان المشهود به مجهول العين ولا يكفي فيه الوصف
الا ترى انه لا يجوز ان يشهد الرجل بالوصف والتحلية بغير ذكر المشهود

p. [259]-260

والاول اذا كتب بذلك ثم احضر الخصم عبدا بتلك الصفة لزم ان
يسلم اليه وربما لم يكن ذلك عند المدعي لتشابه العبيد واتفاقهم
في الصفات والثاني انه يكتب لان الحاجة تدعوا الى ذلك ويلحق
المشقة في المنع منه والانه يمكن ضبطه بالصفة ولهذا اثبت
في الذمة بالعقد في السلم فاشبه الدين وخالف المشهود له
لانه لا حاجة بنا الى ذلك فان الشهادة لا تثبت الا بعد دعواه
فعلى هذا اذا كتب به ثم احضر الخصم عبدا بتلك الصفات
وانكر ان يكون هو الذي ادعاه المدعي ختم بالرصاص في عنقه
او سلم اليه وضمنه اياه ليحمله الى بلد الحاكم الكاتب وينظر فان
شهد الشاهدان على عينه اخذه المدعي وبرئ من الضمان وان
لم يشهدا على عينه بل قالا المشهود به غير هذا وجب على
الذي اخذه رده الى بلده وكان في ضمانه ولزمته اجرة مثله
لتلك المدة لانه عطل منفعته على صاحبه بغير حق وقال
اقضى القضاة ابو الحسن الماوردي البصري يخير صاحب اليد
بين ان يسلم بالصفة المشهود بها الى طالبه وبين ان يمضي
بالعبد الى القاضي الكاتب ليعرضه على الشهود فان عينوه
سلم الى الطالب وبين ان يدفع للطالب قيمة العبد الموصوف
دون قيمة العبد الذي في يده فان امتنع من جميعها لم يقط
حق الطالب واخذ منه قيمة العبد الموصوف ولا يجبر على يسلم

260

العبد الذي في يده وهكذا الحكم في الامة في جميع ذلك الا انها
لا تمكن ثقة وكذلك الحكم في الثوب الذي يشهد به في جميع ذلك
وحكي عن ابي يوسف انه اجاز الكتاب في العبد خاصة دون
الامة فصل ويكتب ويقبل كتاب القاضي الى القاضي
في حقوق الادميين كلها وعن ابي حنيفة انه لا يقبل في القصاص
وحد القذف دليلنا هو انه حق لادمي فاشبه المال وهل يقبل
في حقوق الله تعالى كحد الزنا والشرب اذا اعترف بها عند
القاضي الكاتب او قامت بها ثم هرب فيه قولان احدهما انه
يقبل لان كل حق قبلت فيه الشهادة قبل فيه كتاب القاضي الى
القاضي كحق الادمي والثاني انه لا يقبل لانه يراد للاستيثاق
والحدود مبنية على الاسقاط فصل ولا يقبل كتاب
القاضي الى القاضي الا ان يشهد به شاهدان عدلان على ما ياتي بيانه
وقال ابو ثور يقبل من غير شهادة لان النبي عليه السلام كان يكتب
ويعمل بكتبه من غير شهادة وهذا خطأ لان الخط يشبه
الخط فلا يؤمن ان يزور على الخط والعمل بكتب رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يمكن ان يكون معها شاهدان وقد حمل انما
جاز ذلك في كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم للضرورة الى
ذلك وليس كذلك في كتب من بعده من الحكام والامراء
فصل ولا يكفي فيه ان يعرف المكتوب اليه خط الكاتب

وختمه ولا يقبل ذلك وقال ابو سعيد الاصطخري اذا عرف
المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز له قبوله
وحكي عن الحسن البصري وسوار القاضي وعبيد الله بن الحسن
العنبري مثله دليلنا هو ان الخط يشبه الخط والختم يشبه
الختم فلا يؤمن ان يزور على الخط والختم ويمكن اثباته بالشهادة
فلم يجز الاقتصار فيه على الظاهر كاثبات العقود والافعال
فانه لا يرجع فيه الى غالب الظن والاستدلال قالوا اذا عرف
خطه وختمه حصل له غلبة الظن فاشبه شهادة الشاهدين
قلنا يبطل بما ذكرناه من العقود والافعال **فصل**
واذا اراد انفاذ الكتاب احضر شاهدين ويقرأ الكتاب
عليهما بنفسه او يقرأه غيره عليهما وهو يسمعه وان هذان
ثم يقول القاضي للشاهدين اشهدا ان هذا كتابي الى فلان بن فلان
وان قال اشهدكما على نفسي بجميع ما في هذا الكتاب الذي قرئ
عليكما كان اوكد وكتبه والمستحب ان ينظر الشاهدان
في الكتاب في حال قراءة من يقرأ عليهما حتى لا
يحرف بالزيادة شيئا وان لم ينظرا جاز لانه اتفق عليه
الاعدل فيؤمن منه التحريف ولانهما يؤديان ما سمعاه
اي اذا حفظاه واذا كان الشاهدان قد حفظا الكتاب
لقلته اعتمد على حفظه وان لم يحفظاه لكثرته كتب كل واحد

منهما نسخة ويقابل بها الاصل ليكون معه يذكر بها ما يشهد
به خوفا من ان يتلف الاصل فيفوت هذا مقامه وان اراد
ان لا ينسخاه ولم يحفظا ما فيه اجزاه قبل ان يغيب عنهما ويكتبا ن
في اسفل النسخة اشهدنا الحاكم فلان ابن فلان على ما في هذا
الكتاب والمستحب ان يكتب اسمه في باطنه وفي العنوان فيقول
هذا كتاب فلان بن فلان الى فلان بن فلان وختمه فان
ترك كتب اسم المكتوب اليه في ظاهره وباطنه جاز
للمكتوب اليه قبوله وحكي عن ابي حنيفة انه قال اذا لم يكتب
اسمه في باطنه فيقول هذا كتاب من فلان الى فلان لم يجز
قبوله وان كان قد كتبه في العنوان دليلنا هو ان المعول
فيه على شهادة الشاهدين على القاضي الكاتب بالحكم او ثبوت
الشهادة عنده وذلك لا يقدح فيها قالوا اذا لم يذكر اسمه فليس
الكتاب اليه لان ذلك لم يقع على المخاطبة معه وكذلك
اذا ذكر اسمه في العنوان دون باطنه لم يكفه لان ذلك لم يقع
الكتاب على مخاطبته قلنا المقصود ما ذكرناه فلا يؤثر ذلك في
قبوله **فصل** وهكذا ان ترك ختمه جاز له قبوله اذا
شهد به الشاهد وحكي عن ابي يوسف انه قال لا يجوز له قبول
شهادتهما اذا لم يكن مختوما دليلنا ما ذكرناه في ترك الاسم
وقد روي ان النبي عليه السلام كتب كتابا الى قيصر ولم يختمه

يعمل له انه لم يقرأ كتابا غير مختوم فاخذ الحاكم فصل
فان حكم له بالبينة فهل يشترط ذكر البينة في الكتاب فيه
وجهان احدهما انه لا يشترط ذكرهما كما لا يشترط ذكر الاقرار
اذا كان الحق وقد ثبت به والثاني انه يشترط ذكر
الحاكم بالبينة والقاضي بالخيار بين ان يسمي الشهود وبين
ان لا يسميهم اذا وصفهم بالعدالة فان لم يصفهم بالعدالة
فهل يكون ذكرهم لهم تعديلا لهم فيه وجهان احدهما
انه يكون تعديلا لهم لان الظاهر من اطلاق الشهادة
ثبوت العدالة والثاني انه لا يكون تعديلا لهم لان الظاهر
اطلاق الشهادة ثبوت العدالة والثاني انه لا يكون تعديلا
لهم لان الاصل عدم العدالة ولا يثبت الا بنص القول فيها ه
فصل واذا وصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه
قرأ الكتاب عليه او قرأه القاضي او غيره وهما يسمعانه فاذا
قرأه عليه او سمعاه منه او من غيره قالا نشهد ان هذا كتاب
فلان اليك وسمعناه انه كتب اليك بما فيه لانه قد يكون
كتابة غير الذي شهدا عليه بما فيه قال القاضي ابو
الطيب الطبري ويجب ان يقولا في مجلس حكمه لان قول القاضي لا
يصح بذلك الا في مجلس حكمه اي في موضع ولايته وسواء كان الكتاب
مختوما او محلولا لان الاعتماد على حفظهما ما فيه فصل

ولكنهما سلماه
وان لم يقرأ الكتاب ولا قرأه الحاكم ولا غيره ولكنهما سلماه
الى الحاكم وقالا نشهد انه كتب اليك بهذا لم يجز له قبوله لانه
ربما زور الكتاب عليهما فصل وان انكسر ختم الكتاب
لم يؤثر ذلك فيه لان المعول على ما فيه وان امتحى بعضه او جميعه
فان كان الشاهدان يحفظان ما فيه او معهما نسخة اخرى كان
لهما ان يشهدا بذلك وان لم يحفظاه ولا معهما نسخة اخرى لم يجز
ان يشهدا لانهما لا يعلمان ما محي منه وان كان في جميعه اذا محي
الجميع فصل واذا وقع غلط في اسم الحاكم المكتوب
اليه او اسم ابيه جاز لهما ان يشهدا به لان الاعتماد على حفظ
الشاهدين لا على الخط وذكر الاسم والنسب وحكي عن ابي
يوسف انه قال اذا انكسر الختم او امحي بعضه لم يجز قبوله وبناه
على اصله والدليل عليه ما ذكرناه فصل وان كتب القاضي
الكتاب وطواه وختمه واستدعاهما وقال هذا كتابي الى
فلان من فلان فاشهدا علي بما فيه لم يصح هذا التحمل وبه قال
ابو حنيفة وقال ابو يوسف اذا ختمه بختمه وعنونه جاز
ان يتحملا الشهادة عليه مختوما فاذا وصل الكتاب الى المكتوب
اليه شهدا عنده انه كتاب فلان اليه لانهما شهدا بما في
الكتاب فلا حاجة بهما الى معرفة تفصيله كما لو شهدا بما في
هذا الكيس من الدراهم جاز شهادتهما ولم يقولا كم قدرها
الجواز

وهذا غلط لانهما شهدا بما لا يعلمانه لانه مجهول عندهما
فلا يصح شهادتهما به كما لو شهدا ان لفلان على فلان مالا
وما ذكره لا يشبه هذا لان تعيينهما سبق معرفة
مقدارها وها هنا الشهادة بما في الكتاب دون الكتاب
وبما لا يعرفان ما فيها فصل ولا يقبل في كتاب
القاضي الى القاضي شهادة رجل وامراتين خلافا لابي حنيفة
لان كل من لا يقبل شهادته في القتل لا يقبل شهادته في كتب
القضاة كالعبد فصل وان قال القاضي لشاهدين
اشهدا على اني قد حكمت لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن
فلان الفلاني بكذا وكذا فاشهدا بذلك علي عند القاضي فلان
بن فلان فشهدا بذلك عند القاضي الذي ذكره في الشهادة
عنده جاز كما لو شهدا بذلك في كتاب كتب ذلك فيه اليه
والحكم كله او بعضه فصل ويجوز ان يشهد القاضي
على نفسه شاهدين في اثبات كتب مختلفة يكتبها الى
عدة قضاة اذا وجد في كل كتاب منها ما ذكرناه
في الكتاب الواحد فصل واذا لم يعلم القاضي
مكان المشهود عليه لانه كان تارة مقامه بدمشق وتارة
بحلب وتارة بحران ولم يعلم في حال الكتابة مقامه في ايها هو
جاز ان يكتب الى قاضي كل بلد منها كتابا على ما مضى وجاز ان

يكتب اليهم جميعا كتابا واحدا ويشهد عليه شاهدين على ان
بما فيه على ما مضى في الكتاب الواحد وكان لكل واحد من
القضاة ان يعمل بما فيه على ما مضى في الكتاب المنفرد اليه
وان لم يعلم مكان المحكوم عليه بكل حال بان كان هاربا
الى موضع غير معروف كتب كتابا واحدا الى ساير قضاة
المسلمين وكتب فيه هذا كتاب كتبه فلان بن فلان الفلاني
وانه ثبت عندي لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني
كذا وكذا بشهادة عدلين وسالني ان اكتب هذا الكتاب
الى ساير قضاة المسلمين فاجبته الى ذلك ثم يحضر شاهدي
عدل ويقرا الكتاب عليهما او يسلم الى غيره ليقراه عليهما ويسمع
الشاهدان جميع ما فيه او يسلمه اليهما فيقراه ثم يقول
للشاهدين اشهدا ان هذا الكتاب الى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين على ما مضى في الكتاب الذي كتبه الى
قاض واحد ثم اي قاض من القضاة قرئ عليه الكتاب على
ما مضى وقال الشاهدان نشهد ان هذا كتاب فلان
بن فلان قاضي بلد كذا وكذا الى كل من يصل اليه
من القضاة واشهدنا على نفسه بما في هذا الكتاب جاز
للذي وصل اليه العمل به على ما مضى في الكتاب اذا كان
الى قاض واحد وقيل لا يجوز لاحد من القضاة ان يعمل به وحكي

عن ابي حنيفة مثله وليس بشي لانه في معنى الكتاب
الى قاضٍ بعينه الا ترى انه يجوز ان يكاتب قاضي بلد بعينه
ولعينه من القضاة اذا ثبت عنده ان يعمل به وان لم يثبت
عند المكتوب اليه فصل وان قال الخصم اكتب لي الى
على الى فلان القاضي ببلد كذا فقال لا اكتب اليه لانه عندي
فاسق لا يصلح عندي ان يكون قاضيا قال في الايضاح
بعد نقل هذا يجب في جواز ترك اجابته في الكتاب اليه وقيل
يلزمه ان يكتب اليه لانه من قبل الامام ويلزمه ان يكتب اليه
اذا علم انه يوصل الحق الى اهله فصل وكتاب القاضي
الى الخليفة والخليفة الى القاضي والقاضي الى الامير والامير
الى القاضي في الاحكام ككتاب القاضي الى القاضي في انه لا
يجوز ان يقبل الا بشاهدي عدل وقال الناس وقال القاضي يقبل
كتاب الخليفة بالخط والعنوان من غير شهادة وهذا
غلط لان كل ذلك كتب حكمه ونفاذ والكتب التي بعثت
من النبي عليه السلام الى البلاد في تعليم الناس الشرائع لان
تلك اخبار وبيان شرع وهذه كتب حكمية فافترقا
فصل واذا اجمع رجلان الى رجل من اهل الاجتهاد
ورضيا بان يحكم بينهما فحكم بينهما وكتب بذلك كتابا حكما فمن
قال يلزمه حكمه من غير ان يتراضيا بذلك بعد الحكم قبل كتابه وعمل عليه

على الوجه الذي مضى في كتاب القاضي المولى لانه حكم فاشبه
ساير الحكام ومن قال لا يلزم حكمه الا ان يتراضيا به بعد
الحكم لم يقبل كتابه ولم يعمل عليه لانه يكون كالمتوسط
والفتيا لا الحكم فصل وان كتب القاضي في بلد الى القاضي
في بلد اخر كتابا واشهد عليه شاهدين بما فيه ثم مات
القاضي الكاتب او عزل او عمي او جن قبل وصول الكتاب
ثم وصل الكتاب الى المكتوب اليه من قبل غيره جاز للمكتوب
اليه قبول الكتاب والعمل به وقال احمد وقال ابو حنيفة لا يجوز
له قبوله ولا العمل به وقال ابو يوسف ان مات قبل خروج
الكتاب من يده لم يعمل به وان مات بعد خروجه من يده
عمل به المكتوب اليه وهذا غلط لانه ان كان الكتاب بما
حكم به وجب على كل من بلغه ان ينفذه في كل حال وان كان
الكتاب بما ثبت به عنده فالكتاب كشاهد الاصل
وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموت شاهد الاصل لا يمنع
من قبول شهادة شهود الفرع فكذلك هذا قالوا موت القاضي
الكاتب قبل ثبوت الكتاب عند القاضي المكتوب اليه بمنزلة
موت شاهدي الفرع قبل ثبوت شهادتهما عند الحاكم المكتوب
اليه قلنا هناك لم يصح التحمل وههنا قد صح التحمل فهو كموت شاهد
الاصل بعد سماع شهود الفرع الشهادة منه وان كان المكتوب

اليه من قبل نفسه فمن اصحابنا من قال الحجر له قبوله لان
ولايته من قبله وهو خليفته فاذا مات الذي ولاه زالت
ولايته كما ان يحكم ما تعذر اليه ومنهم من قال الحجر له قبوله
والعمل به لان ولايته وان كانت من قبله فليس هو نائبه
وانما هو فيما يتعلق بمصالح المسلمين فلا ينعزل بموته في ولايته
فصل وان كان الذي كتب الكتاب قد مات فهو
الامام كان للمكتوب اليه قبوله والعمل به وجها واحدا
لان الامام يعقد القضاء للمسلمين فلا يبطل ما عقده كما لا يبطل
النكاح بموت الولي فصل وان فسق القاضي الكاتب
اذا ورد ثم وصل كتابه الى المكتوب اليه فان كان ذلك
فيما حكم به لم يؤثر فسقه فيه لان الحكم لا يبطل بالفسق
الحادث بعده وان كان فيما ثبت عنده لم يجز له الحكم
به لانه كشاهد الاصل اذا فسق قبل الحكم بشهادته
لم يحكم بشهادة شهود الفرع كذلك هاهنا وان كان
حدوث فسقه بعد وصول الكتاب الى المكتوب اليه وحكمه
به لم يؤثر ذلك في الحكم لانه كشاهد الاصل وشاهد
الاصل اذا فسق بعد الحكم بشهادة شهود الفرع لا
يؤثر فسقه في الحكم كذلك هاهنا وهكذا ان بان للقاضي
الكاتب انه اخطأ في الحكم ان كان ذلك فيما حكم به وهو

مما يسوغ فيه الاجتهاد لم يؤثر ذلك فيه لان الحكم لا يبطل
بتغير الاجتهاد بعده وان كان فيما ثبت عنده وقبل
ان يحكم به المكتوب اليه لم يجز له الحكم به لانه كشاهد
الاصل وشاهد الاصل اذا رجع عن شهادته قبل الحكم بها
لم يحكم بشهادة شهود الفرع وان كان بعد ان حكم به
لم يؤثر ذلك في الحكم لانه كشاهد الاصل وشاهد الاصل
اذا رجع عنها بعد الحكم بشهادة شهود الفرع لا يؤثر رجوعه
في الحكم كذلك هاهنا فصل وان مات القاضي المكتوب
اليه او عزل او فسق وولي غيره فشهد عنده شاهدا الكتاب
على القاضي الكاتب بما تضمنه الكتاب جاز له ان يحكم به وقال
ابو حنيفة يبطل الكتاب ولا يجوز له ان يحكم به واليه ذهب البصريون
من اصحابنا دليلنا هو ان المعول على ما حفظه شهود الكتاب
وتحملوه ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض ان يحكم
بشهادته وان شهادة شهود الكتاب شهادة لحق المكتوب
اليه الحكم بها جاز لغيره الحكم بها كشهادة الحق قالوا الخطاب
عن غيره فاشبه اذا حمل الى غيره والمكتوب اليه حي قلنا قال
صاحب الكتاب في النكت عندنا يحكم به واليه ذهب القاضي
ابو الطيب الطبري فانه قال في المنهاج ولا فرق بين ان يكون المكتوب
اليه قاضيا حاله او معزولا او كان قد مات لان المعول على

ما يشهد به ان هذا ان على اقرار القاضي الكاتب بما
ثبت عنده مما تضمنه الكتاب فجاز له ذلك فصل
فان كتب القاضي في بلد الى القاضي في بلد اخر فلحق ثبت
عنده على دخل في بلد القاضي المكتوب اليه فوصل
الكتاب الى المكتوب اليه وهو في غير موضع ولايته
لم يجز له قبوله حتى يصير في موضع ولايته لما مضى
وان وصل اليه الكتاب وهو في موضع ولايته فاحضر
الحاكم الخصم وعرفه ذلك فاعترف انه فلان بن فلان
الفلاني وانه الذي حكم عليه به والحق ثابت عليه الزمه
الحاكم الخروج منه وان انكر الحق فقط لم يقبل منه الانكار
لقيام البينة عليه به وان ادعى القضا وطلب يمينه لم
يحلفه الحاكم لانه قد استحلفه الحاكم الكاتب على ذلك
فلا يعاد اليمين عليه وان ذكر ان له بينة بالقضا ولحجة
ان هذين امهله ثلاثة ايام حتى ياتي بها لان في عدم ذلك
الحاق الضرر به وان انكر ان يكون ذلك الاسم
والنسب اسمه ونسبه وهو معنى قول صاحب الكتاب
وان قال لست فلان ابن فلان فالقول قوله مع يمينه
لان الاصل انه لا مطالبة عليه فان اقام المدعي بينة
ان ذلك الاسم والنسب اسمه ونسبه وصفته فان شهدت

انه فلان بن فلان الفلاني فقال هو كذلك الا انني غير
المحكوم عليه او اعترف ابتداء بالاسم والنسب وانكر
ان يكون هو المحكوم عليه لم يقبل قوله الا ان يقيم بينة
بان في البلد من يشاركه في جميع ما وصف به من الاسم
والنسب والصفة لان الاصل عدم من يشاركه في
ذلك فلم يقبل قوله من غير بينة وان اقام بينة بان هناك من
يشاركه في جميع ما وصف به من الاسم والنسب والصفة
فان كان حيا احضره الحاكم واعلمه بذلك فان اعترف
بانه المحكوم عليه حكم عليه وتخلص الاول وان انكر ذلك قال
الحاكم للمدعي الك بينة بان المحكوم عليه احد هذين بعينه فان اقام
بينة على ذلك حكم بها وان لم يقم عليه بينة توقف عن الحكم حتى
يثبت عنده من المحكوم عليه منهما فان يكتب الى الحاكم
الذي كاتبه بذلك ويعرفه صورة الامر ليرجع الى ان هذين
اللذين شهدا عنده ليزيدا في صفات المشهود عليه ما يقع
به التمييز بينهما ويتعين المشهود عليه منهما واذا وصل
اليه الجواب حكم بذلك وان كان الذي يشاركه في الاسم والنسب
والصفة ميتا فان لم يكن عاصر المدعي بان كان قد مات قبل ان
ولد المدعي بان ~~كان قد مات~~ كان الحكم على المدعى الا ان
الذي لم يعاصر لا يمكن ان يكون بينهما معاملة وان عاصر

وان عاصره المدعي وكان موته بعد حكم الحاكم فالحكم فيه
مثله لو كان حيا وانكر ان يكون هو المحكوم عليه
فيتوقف الحاكم في الامر ويكتب الى الحاكم الذي كاتبه
بذلك على ما مضى بيانه الا انه قد وقع الالتباس بذلك وان
كان قد موته قبل حكم الحاكم فيه وجهان احدهما ان
الحكم فيه مثله لو مات بعد الحكم الا انه قد عاصره فامكن
ان يكون المعاملة معه والحكم قد يكون على الحي وقد يكون
على الميت ليستوفي من تركته التي في يد الوارث والثاني
ان الحكم فيه مثله لو لم يكن هناك من يشاركه الا ان الظاهر من
امر الحاكم اذا حكم انه يحكم على حي الا على ميت وانه لو حكم على
ميت لذكر ذلك وبين فيه وارثه فصل واذا
حكم المكتوب اليه على المدعا عليه بالحق فقال المكتوب عليه
اكتب لي الى الكاتب انك حكمت علي وانه استوفي الحق الذي
حكمت به مني ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري
انه يلزمه ذلك الا انه لا يامن ان يرجع الى بلده ويدعي عليه ثانيا
ويقيم عليه ثانيا ويقيم عليه البينة فيقضي عليه بالحق ثانيا
فلزمه ذلك ليكون وثيقة له منه والثاني انه لا يلزمه
ذلك الا اذا ادعى ذلك عليه مرة اخرى لان الحاكم انما يكتب
بما حكم به او ثبت عنده باقرار او بينة ولم يوجد ها هنا شي

من ذلك الا ان الكاتب هو الذي حكم او ثبت عنده دون
المكتوب اليه واما الاستيثاق اذا اراد ان يكتفي فيه
بالاشهاد فيطالبه ان يشهد على نفسه بقبض الحق لان
الحق يثبت عليه بالبينة فان طالبه ان يدفع اليه الكتاب
الذي ثبت به الحق لم يلزمه دفعه اليه لانه لا يامن ان يخرج
ما اخذه منه مغصوبا فيحتاج الى ان يرجع به عليه ولا حجة فيه
فلا يجده ويحلف عليه لعلمه بخروجه مستحقا من يده وانما عليه
ان يشهد على نفسه بقبض الدين وكذلك لو ان من باع انسانا دارا
فلا يلزمه ان يدفع الكتاب الذي ابتاعه الى المشتري وانما
عليه ان يشهد على نفسه بالبيع وقبض الثمن فصل وان
ترافع الى القاضي خصمان فادعى احدهما على الاخر فاقر له لزمه
الحق وكان للمدعي ان يسال القاضي ان يشهد على نفسه بما
ثبت عنده من الاقرار شاهدين اذا لم يكن قد ثبت قبل ذلك
لانه لا يؤمن ان ينكر المقر وهو ممن لا يرى الحكم بعلمه او
هو ممن يرى الحكم بعلمه فينسى او يعزل فلا يقبل قوله في الحكم
به او يموت فيؤدي الى ضياع حق المقر له فلزمه الاشهاد
على نفسه بذلك ليكون حجة للمقر له اذا انكر المقر بعد
ذلك فان ثبت عنده الحق بيمين المدعي بعد نكول المدعا عليه
فسأله المدعي ان يشهد على نفسه شاهدين بثبوته عنده

لزمه الاشهاد على نفسه بذلك لانه لا حجة للمدعي والحال
هذه في الاشهاد على ثبوته عنده وان ثبت عنده الحق بذلك
بالبينة فسال المدعي القاضي ان يشهد على نفسه شاهدين
بثبوته عنده وان ثبت عنده الحق بالبينة فسال المدعي
القاضي ان يشهد على نفسه شاهدين بثبوته عنده فهو على وجهان
احدهما انه لا يجب عليه الاشهاد بذلك لان له بالحق بينة فلم
يلزم القاضي تجديد بينة اخرى والثاني انه يلزمه لان في اشهاده
على نفسه ثبوته تعديلا للبينة واثباتا لحقه والزاما لخصمه
وان ادعى عليه حقا فانكر فحلف عليه على ما مضى وسال
الحالف القاضي ان يشهد على ثبوت براءته لزمه الاشهاد و
ليكون حجة له في سقوط الدعوى حتى لا يطالبه مرة اخرى
فيحلف عليه فصل وان ساله ان يكتب له محضرا في هذه
المسائل وهو ان يكتب ما جرى وما ثبت به الحق فان لم
يكن عنده قرطاس من بيت المال ولم ياته المحكوم له
بقرطاس لم يلزمه ان يكتب لان عليه ان يحكم وليس عليه
ان يغرم للناس من عنده شيئا وان كان عنده قرطاس
من بيت المال او اتاه صاحب الحق بقرطاس فهل يلزمه
ان يكتب المحضر فيه وجهان احدهما انه يلزمه لانه وثيقة بالحق
فلزمه كالاشهاد على نفسه والثاني انه لا يلزمه وانما يجب

له لان الحق يثبت باليمين او البينة دون المحضر لان كتب المحضر
لا يثبت به شيء بخلاف الاشهاد وان ساله ان يسجل له وهو
ان يذكر ما يكتب في المحضر ويشهد على انفاذه سجل له وهل
يلزمه ذلك ام لا هو على ما ذكرناه من الوجهين في كتب المحضر
فصل فان قلنا يلزمه ان يكتب المحضر او قلنا لا يلزمه
لكنه احتاط لذلك كتب في الملة الاولى بسم الله الرحمن الرحيم
حضر القاضي فلان بن فلان قاضي عبد الله الامام امير المؤمنين
فلان بن فلان وان كان خليفة للقاضي كتب حضر القاضي
فلان بن فلان خليفة القاضي فلان بن فلان وهو يومئذ متولي
القضاء لعبد الله الامام امير المؤمنين فلان بن فلان في موضع
كذا وكذا فلان بن فلان الفلاني واحضر فلان بن فلان الفلاني
وادعى عليه كذا وكذا فاقر له به ثم طلب المدعي من القاضي
ان يكتب له محضرا بذلك فكتبه وذلك في يوم كذا من سنة كذا وهذا
اذا كان القاضي يعرفهما باسمائهما وانسابهما فيذكرهما بذلك ويرفع
في نسبهما حتى يتميزا ولا يحتاج الى ذكر حليتهما لان الاسم والنسب
يغنيان عنهما وان حلاهما كان احفظ وان كان لا يعرفهما
بعينهما ما في بيانه ولا يحتاج الى ان يذكر في ذلك انه اقر في مجلس
حكمه وقضائه لان الاقرار يصح سماعه في موضع الولاية وفي غيره
من المواضع ولا يحتاج ان يذكر انه اشهد على ذلك لان الحق

p. [277]-278

ان الحق ثبت بالاقرار اما شهادة ان هذين قد زكيت وانه
اشهد عليه بذلك شاهدي عدل كانا زكيا ويكتب الحاكم
علامته على راس المحضر الحمد لله رب العالمين او ما شبه ذلك
ويكتب تحته اقر عندي بذلك ويكتب ان هذا في اخر
المحضر بها ذنهما على القاضي سوية لتثبت بها الاقرار ان احتيج
اليها فصل ويكتب فيما ثبت بان هذين ما ذكرناه
في الاقرار الا انه يكتب فادعا عليه بكذا فانكر فسال الحاكم المدعي
البينة فقال نعم واحضرها وساله سماع شهادتهما ففعل وسال
ان يكتب له محضرا بما جرى فاجابه اليه وذلك في وقت كذا وكذا في مجلس
حكمه وقضايه بخلاف ما ذكرناه في الاقرار لان البينة لا تسمع الا في
مجلس الحكم ويشهد ان هذا في اخره ويكتب الحاكم تحت اسم
ان هذين اللذين ثبت الحق بشهادتهما شهدا عندي بذلك
وان كان مع المدعي كتاب فيه خط ان هذين كتب تحت
خطوطهما شهدا عندي بذلك ويكتب علامته في راس الكتاب
فان اقتصر على ذلك دون المحضر جاز فصل ويكتب فيما حلف
عليه المدعا عليه ما ذكرناه في البينة الا انه يكتب فسال الحاكم المدعي
البينة فقال لا فقال له لك يمينه فسال ان يحلفه فحلفه في مجلس
حكمه وقضايه في وقت كذا وكذا الا ان الاستحلاف لا يجوز الا في
مجلس الحكم ويكتب علامته في راسه خاصة فصل ويكتب

فيما نكل فيه المدعا عليه عن اليمين وحلف فيه المدعي ما ذكرناه
ويكتب فيه فعرض اليمين على المدعا عليه فنكل عنها فرد اليمين
على المدعي وذلك في مجلس حكمه وقضايه فحلف وثبت له
الحق في وقت كذا وكذا ويكتب علامته في اعلاه فصل
وان طلب المحكوم له في شي من ذلك ان يسجل له سجلا وهو تثبيت
ما في المحضر وانفاذ الحكم بمشغوله حكمت له به او الزمته
الحق او انفذت الحكم به كتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما
اشهد عليه القاضي فلان ابن فلان قاضي عبد الله الامام
امير المومنين فلان بن فلان على موضع كذا وكذا في مجلس حكمه
وقضايه في يوم كذا من سنة كذا انه ثبت عنده بشهادة فلان
وفلان وقد عرفهما بما يسوغ له الحكم بشهادتهما جميع ما في
كتاب نسخته بسم الله الرحمن الرحيم ويسوق ما في
كتبه في المحضر ثم تقول وان صاحب الحق فلان بن فلان طلب
منه انفاذ ذلك فانفذه ولا يشترط فيه ان يقول بسماع الدعوى
على من يحضر بسماع الدعوى عليه لان القضا على الغايب جايز
عندنا فان اراد ان يذكره احتياطا قال بعد ان حضر من
ساغ له الدعوى عليه ويكتب علامته اعلاه ليستغني بذلك عن غيره
فصل وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب في نسختين
احداهما تسلم الى المحكوم له والاخرى تكون في ديوان الحكم لانه اذا

كانت نسخة واحدة دفعها الى المحكوم له لم يؤمن ان تضيع
منه فيودي الى ضياع حقه فاحتيز نسخة بذلك ويختم التي
في ديوان الحكم ويكتب على طيه سجل فلان بن فلان ٥
فصل وان حضر عند القاضي رجلان لا يعرفهما باسمائهما
وانسابهما وحكم بينهما ثم سال المحكوم له كتب محضر او
سجل كتب حضر عندي رجلان قال احدهما انه فلان
بن فلان وقال الآخر انه فلان بن فلان ويحليهما فيقول
اعجم او ابلج او ازرق العينين ويذكر الطول والقصر والسمن
والنحافة وصفة الانف والفم والحاجب لانه لا يؤمن ان
يلتبس على الحاكم غير اسمه ونسبه ويذكر ما جرى بينهما ويشهد
على ذلك فصل وان اجتمعت عنده محاضر وسجلات
كتب على كل محضر اسم المتداعيين ويضم ما اجتمع منها في
كل يوم او في كل اسبوع او في كل شهر او في كل سنة على
قدر قلتها وكثرتها بعضها الى بعض فان كان كثير
الاعمال يجتمع كل يوم عنده قضايا ومحاضر وسجلات فانه
يجمع ما يحصل عنده في كل يوم ويجعله اضبارة بكسر الالف
وتسكين الضاد المنقوطة اي اضمامة ويكتب عليها
قضايا يوم كذا من سنة كذا ثم اذا مضى اسبوع جمع جميع
ذلك وجعله اضبارة ويكتب عليها قضايا اسبوع

كذا من سنة كذا وان كان قليل الاعمال بحيث لا يحصل عنده في اليوم
الواحد شيء من ذلك وقد لا يحصل جميع ما يكون عنده من ذلك
آخر كل يوم في موضع ويختمه حتى يمضي اسبوع ثم يجعله
اضبارة ويكتب عليها قضايا اسبوع كذا من سنة كذا وان كان
عمله اقل من ذلك حتى لا يجتمع في كل اسبوع ما يجعله اضبارة
فعل ذلك في كل شهر ويكتب عليها محاضر شهر كذا من سنة
كذا ليسهل عليه طلبه اذا احتاج اليه ولا يطول الامر فيه عليه
ويكون جميع ذلك تحت ختمه ولا يفتح الموضع الذي يكون فيه الا
بعد نظره الى ختمه وعلامته ليأمن ضياع ذلك من الاحتيال
عليه بتغيير شيء مما اودع فيه فان ولي ذلك ثقة من ثقاته جاز
ويتولاه بنفسه اولى وما دفع الى المحكوم له من سجل ومحضر
فلا حاجة به الى ان يختمه لان المشهود له قد يريد النظر
في ذلك وعرضه على غيره لاعراض يكون له ولو غير شيئا
منه لظهر ذلك بمقابلته بالنسخة التي عند الحاكم فلا معنى
للختم فيه فصل فان حضر رجلان عند القاضي
وادعى احدهما على الآخر حقا فانكره وادعى المدعي ان له
في ديوان الحكم حجة على خصمه بذلك الحق وطلب الحاكم الحجة
في ديوانه فوجدها فان كان اقر له او كان اقام بينة
على ذلك الزمه الحاكم الحق وانفذ الحكم سواء ذكر الحاكم ذلك

او لم يذكره الا انهما لو شهدا انه اقر به في غير مجلس الحكم حكم به
فهاهنا اولى وان لم يكن له بينة وادعى على الحاكم والحاكم
يعلم ذلك حكم به في اصح القولين لما مضى بيانه في موضعه وان
كان حكما فان كان حكما حكم به غيره لم يعمل به الا ان يشهد
شاهدان بان هذا حكم به فلان القاضي ولا يرجع في ذلك
الى الخط والختم لانه يحتمل التزوير في الخط والختم وهل يجوز
ان يرجع فيه الى علمه في حكم الحاكم بذلك هو على القولين ه

فصل وان كان حكما حكم هو به فان كان ذاكرا للحكم
عالما به عمل به والزم الخصم حكمه ولا يكون هذا حكما بالعلم
وانما هو امضاء ما حكم به وان كان غير ذاكر له لم يجز ان يعمل
به بل يتوقف فيه حتى يذكره وبه قال ابو حنيفة ومحمد وهو احدى
الروايتين عن احمد وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف يجوز له ان
يعمل به وهو الرواية الاخرى عن احمد ودليلنا هو انه يجوز
ان يكون مزورا على خطه وختمه فلا يجوز ان يعمل به ولان
الحكم اقوى من الشهادة فان الحاكم يلزم والشاهد مخبر
والملزم لم ثبت ان الشاهد اذا راى شهادة بخطه
ولم يذكرها لم يجز له ان يشهد بها فالحاكم بذلك اولى
قالوا اذا كان في قمطره وتحت ختمه بخطه لم يحتمل ان
يكون الا صحيحا قلنا لا نسلم بل يجوز ان يزور عليه وعلى ختمه

والخط يشبه الخط فان قيل فما فائدة في تحصيل ذلك
اذا لم يعمل به قلنا فائدته انه اهيب للمحكوم عليه واسكن
لنفس المحكوم له ولان ذلك يعين القاضي على ذكره كما
ان الشهود يحملون المعرفين ليذكروا الشهادة عند الحاجة
اليها لا انها حجة بنفسها فان قيل اليس قد قلتم اذا وجد
خط ابيه في دفتر بحق على انسان جاز له ان يدعيه
ويحلف عليه فما الفرق بينهما قلنا قال اصحابنا الحكم والشهادة ه
يراعى فيهما الاحتياط والحكم فيهما الا بالعلم والمعاملة يكفي
فيها غالب الظن ولهذا يقبل خبر الواحد فيها قال في الكامل
وهذا لا يستقيم لان الحاكم يحكم بشهادة الشاهدين ويمين
المدعي وان كان ذلك ظنا قال والاولى ان يقال انه يمكنه الرجوع
فيما حكم فيه الى ذكره ويقينه لانه فعل نفسه فرجع فيه لذلك
واما ما كتبه ابوه فلا يمكن الرجوع فيه الى اليقين فيكفي
فيه الظن قال وعلى ذلك اذا وجد الانسان بخط نفسه
حقا على انسان فلا يطالب به ويحلف عليه الا ان يتيقنه

فصل ولو قال حكمت لي ايها القاضي على فلان بن
فلان بكذا وكذا فان كان يذكره ويحفظه امضاه وان
كان لا يذكره فاتى المدعي بشاهدين انه حكم بذلك لم يرجع
شهادتهما وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف وقال ابو حنيفة

وابو يوسف وقال ابن ابي ليلى ومحمد واحمد بن حنبل يرجع
الى شهادتهما دليلنا هو انه شك في فعل نفسه فلا يرجع
فيه الى قول غيره كما لو شك في فرض من فروض صلاته
ولانه يمكنه الرجوع الى الاحاطة والعلم فلا يرجع الى
الظن كالشاهد اذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان
انه شهد لم يكن له ان يشهد قالوا لو شهد عنده ان غيره
حكم به قبله فكذلك اذا شهد عنده بحكمه لانهما يشهدان على
حاكم قلنا هناك لا يمكنه الرجوع الى العلم واليقين فيه وهاهنا
يمكنه فافترقا وان احتجوا بقصة ذي اليدين ورجوع النبي عليه
عليه السلام الى الصلاة بعد ان سال القوم عما قاله فصدقوه
قلنا يحتمل ان يكون يذكر انه حين راى كلمهم العقب عليه ويحتمل
ان يكون عرض له شك بقولهم فبناه على اليقين وكذلك
قصة عمر مع الهرمزان حين اراد ان يقتله فقال له
انس ليس لك الى ذلك سبيل قد قلت تكلم لا باس واتاه
بالزبير فشهد فارسله يحتمل ان يكون عمر يذكر ذلك فبنا
على يقينه ويحتمل ان يكون له شك فحقن دمه بذلك ٥
فصل وينبغي اذا لم يتحقق امره في ذلك ان يقف فيه
فلا يمضيه ولا يبطله لانه ربما يتذكر فيمضيه او يشهد
عند غيره فيمضيه فان مات او عزل فولي مكانه غيره

فشهد الشاهدان على حكمه عنده بذلك او عند حاكم في بلد
اخر انفذ ما شهدا به اذا لم ير منه ابطاله ولا رده الا انه
حكم حكم به غيره فكان له ان يمضيه بشهادة شاهدين
كسائر احكام غيره وان شهد شاهدان ان الاول
توقف في شهادتهما لم يجز للثاني ان ينفذ الحكم الذي شهدا
به لان الشهود فرع للحاكم الاول فاذا توقف الاصل
لم يجز الحكم بشهادة الفرع كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد
الاصل ثم شهد شاهدان ان شاهد الاصل توقف في الشهادة
هكذا ذكرها صاحب الكتاب والمراد به اذا تحقق
انه لم يحكم بذلك ولم يبطل شهادتهما ورد ها ما يذكره بعدها
وان تحقق انه لم يحكم بذلك الحكم وانهما شهدا بالزور رد ذلك
وابطله واذا رده ثم مات او عزل فولي مكانه غيره
وشهد الشاهدان عنده ان القاضي الذي كان قبله
حكم بذلك ثم رده فانه لا يمضيه قال ابو الفتح سليم في التقريب
خلافا لمالك لان ينفذ الحاكم حكم من كان قبله كالشهادة
على الشهادة ثم ثبت ان شاهد الفرع لا يتحمل الشهادة
اذا كان شاهد الاصل قد رجع عنها الحاكم لا ينفذ حكم
الحاكم اذا كان رده فصل اذا اتضح اي بان
الحكم للقاضي بين الخصمين فالمستحب ان يامرهما بالصلح

p. [285]-286

وبوجو الحكم اليوم واليومين والليلة لان الحكم الصلح مندوب
اليه فان اجابا الى ذلك سالهما ان يجعلاه في حل من تاخير الحكم
اذا كانا يستحقان ذلك على الفور فان لم يجتمعا على
تحليله فطالباه بالحكم لزمه ان يحكم بينهما لان الحكم اذا بان
وجهه كان على الفور فلا يجوز تاخيره من غير رضا من له الحكم
لان تاخيره مع البيان ظلم وان كان الحكم فيما يرفعا اليه مشكلا
اخره ولا غاية لتاخيره الا الى البيان وهو معذور في
ذلك اذا لم يترك البحث والمشهور فيه **فصل** اذا قال
القاضي في حال ولايته حكمت لفلان بن فلان على فلان بن
فلان بكذا وكذا قبل قوله سواء بين ما حكم به بان قال حكمت
بشهادة رجلين عدلين او قال ببينة ثبتت عندي عدالتها
او قال بيمين المدعي مع نكول المدعى عليه او قال باقراره
عندي في مجلس حكمي او اطلق ولم يبين ما حكم به قال في
الايضاح لانه لا يحكم الا من الوجه الذي يسوغ الحكم
عنه وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف واحمد وحكي عن
محمد بن الحسن انه لا يقبل قوله حتى يشهد به رجلان او رجل
عدل الى انه حكم بذلك دليلنا هو انه يملك الحكم به فقبل الاقرار
منه به كالزوج لما ملك الطلاق قبل اقراره به والسيد
لما ملك العتق في العبد والبيع قبل اقراره ولان الحاكم لو لم يقبل

قوله فيما يخبر به مما تولاه لما اكتفي بحاكم واحد حتى يكونا اثنين
كالشاهد فلما اكتفي بحاكم واحد دل على ان قوله مقبول
على الانفراد واحتجوا بما روي ان رجلا سب ابا بكر فقال
ابو برده دعني اضرب عنقه فقال له ابو بكر لو امرتك
بهذا اكنت فاعله فقال نعم فقال ما كان هذا لاحد
بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فجعل قبول القول للنبي
صلى الله عليه وسلم خاصة قلنا انما اراد انه لا يقتل من سب
احدا الا رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال حكمت عليه بما
كنت علمته منه قال في البيان فهل يبنى ذلك على القولين في جواز
القضاء بالعلم **فصل** وان عزل القاضي ثم قال حكمت
لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا لم يقبل اقراره به
لانه لا يملك الحكم بعد العزل فلا يملك الاقرار به كسيد العبد
اذا باعه ثم اقر انه كان اعتقه او باعه لغيره وهل يكون
شاهدا في ذلك ام لا فيه وجهان احدهما وهو قول ابي
سعيد الاصطخري انه يكون شاهدا فيه اي يقبل شهادته
فيه لانه ليس فيه اكثر من انه يشهد على فعل نفسه وذلك
لا يوجب رد شهادته كما لو قالت امراة ارضعت هذا الصبي
فان شهادتها تقبل والثاني وهو المذهب انه لا يكون شاهدا
فيه لان شهادته بالحكم تثبت لنفسه العدالة لان الحكم لا يكون الا من

عدل بلحقه التهمة في هذه الشهادة فلم تقبل منه وخالف
المرضعة ان شهدت بالرضاع لا تثبت لنفسها لان الارضاع
يصح من غير عدل وان المطلب في الرضاع فعل المرتضع ولهذا
يصح الرضاع به دونها بان يرضعها وهي نائمة والمطلب
في الحكم فعل الحاكم فيكون شهادته على فعله فلم تقبله

فصل وحكي عن احمد انه قال يقبل قوله دليلنا ما
ذكرناه من انه لا يملك الاقرار به الى اخره قالوا عزله لا يمنع
من قبول قوله كما لو كتب الى غيره ثم عزل قلنا الكتاب انما
يقبل عندنا بشهادة شاهدين وهكذا نقول هاهنا اذا
شهد بحكمه شاهدان قبل منهما فاما اقراره به مجردا فلا يقبل
لما مضى **فصل** وان قال بعد العزل اشهد ان فلان بن فلان
اقر عندي لفلان بن فلان بكذا وكذا قبلت شهادته وذلك
وجها واحدا انه لم يشهد على فعل نفسه وانما شهد على
اقرار سمعه وان قال اشهد ان حاكما جائز الحكم حكم لفلان بن
فلان بكذا وكذا فعلى قول ابي سعيد الاصطخري
تقبل شهادته وعلى المذهب فيه وجهان احدهما انه تقبل
لانه لم يضف الحكم الى نفسه فكان الظاهر انه اراد حكم
غيره فكان كما لو سمى غيره والثاني انها لا تقبل لاحتمال
ان يريد حكم نفسه وان يريد حكم غيره فلا تقبل الشهادة

مع الشك فيها والله اعلم ٥

باب القسمة ٥ ٥

من هنا الى اخر الكتا
[illegible]

نحو قسمة الاموال المشتركة بين اربابها لقوله تعالى واذا حضر
القسمة اي قسمة تركة الميت اولوا القربى اي ذوو قرابته
واليتامى والمساكين فارزقوهم منه اي فاعطوهم من
المال المتروك وقولوا لهم قولا معروفا قال ابن جبير ان
كان الورثة كبارا رضخوا لهم وان كانوا صغارا قال لهم
وليهم لست املكه المال وانما هو للصغار فذلك القول المعروف
وعن ابن المسيب انها منسوخة باية المواريث والوصية
وقيل انها ثابتة غير منسوخة وانما هي حث لاهل الميراث
على حسن يصنعونه بمن حضر قسمتهم لا بايجاب ذلك عليهم وقيل
المراد بالقسمة الوصية اي اجعلوا لها ولامثالها حظا وابذلوا
لهم القول وان النبي عليه السلام قسم غنائم بدر بشعب
يقال له الصفراء وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهما
اي ارضها كل سهم منها مائة سهم وقسم غنائم حنين باوطاس
وقيل بالجعرانة ولان بالشركاء حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحد
منهم من التصرف في ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الايدي
وسوء المشاركة **فصل** ويجوز لهم ان يتقاسموا
بانفسهم ويجوز ان ينصبوا من يقسم بينهم ويجوز ان يرفعوا

الامر الى الحاكم لينصب من يقسم بينهم ويجب ان يكون القاسم
عالما بالحساب ليعرف ما يحتاج اليه من تعديل السهام
وتسويتها وان يكون فقيها فيما يحتاج الى معرفته في القسمة
ليوصل كل واحد منهم الى حقه كما يجب ان يكون الحاكم عالما
من اهل الاجتهاد ليحكم بينهم بالحق فان كان القاسم من جهة
الحاكم لم يجز ان يكون فاسقا ولا عبدا ولا مدبرا ولا مكاتبا ولا
معتقا نصفه ولا من فيه شي من الرق ولا امراه لانه نصبه للزام
الحق فلم يجز ان يكون فاسقا ولا عبدا ولا امراه ولا مدبرا ولا مكاتبا
ولا معلقا عتقه على صفة ولا من فيه شي من الرق ولا امراة
كالحاكم وينبغي ان يكون وافر العقل متيقظا لئلا
يخدع ونزها لئلا يميل به الطمع الى احد الشركا كما يجب
على هذا وان يكون عارفا بالقيمة لاحتياج اليه فيها لتعديل
بالقيمة فان لم يكن عارفا بالقيمة جاز وكلما احتاج الى تقويم
احضر مقومين ليقوما ما يحتاج الى تقويمه كما يجوز ان يتولى
القضا من لا يعرف القيم ثم يفعل مثل ذلك فصل
ثم ينظر فان لم يكن في القسمة رد ولا تقويم جاز قاسم واحد
كالحاكم وان كان فيها رد او احتيج فيها الى التقويم التعديل
السهام لم يجز اقل من اثنين لان التقويم لا يثبت الا باثنين
وان كان فيها خرص فان يكون على القولين في خرصه قولان

290

احدهما انه يجوز ان يكون الخارص واحدا والثاني يجب ان يكون
الخارص اثنين وقد مضى بيانه في الزكاة فصل
ويجوز اخذ الاجرة على القسمة بعقد الاجارة لان كل
ما جاز ان يفعله لغيره تبرعا جاز ان يفعله له باجرة كالخياطة
والبنا ويجوز اخذ الجعل على القسمة بعقد الجعالة لما مضى فان
كان القاسم نصبه الحاكم كانت اجرته من سهم المصالح
من بيت المال لما روي ان عليا اعطى القاسم من بيت المال
ولانه من المصالح لان الناس يحتاجون الى من يقسم بينهم الاموال
المشتركة كما يحتاجون الى من يفصل بينهم الخصومات فجعلت
اجرة القاسم من المال المرصد للمصالح كما جعلت ارزاق
الحكام منه ثم ينظر فان كانت القسمة تدوم ويتصل اجري
لهم الرزق على الشهور والاوقات دايما وان كانت القسمة
تقل جعل لهم الاجرة على كل قسمة يقسمونها كما يجعل للجلاد ذلك
في الحدود فصل فان لم يكن في بيت المال شي او كان
فيه ما يصرف الى ما هو اهم منه وجبت الاجرة على الشركا
لانه يقسم لهم فكانت الاجرة عليهم ويعاقد اذا استاجر
الرجلان رجلا ليقسم بينهما حيث الحجر انه لا يدرك
على ابنها سوى القضا وابنها الذي يسمع به وهاهنا يخالفه
قال في الافصاح وقال يجوز للحاكم ان ياخذ اعيان

p. [291]-292

الخصوم شيئا وجب ان يستأنف **فصل**
واذا وافق القاسم كل واحد من الشركاء على الافراد
على شيء ليميز نصيبه بذلك جاز وان اختلف قدره كالرجلين
يكون بينهما نخيل فيساقيان عليها رجلا ويشترط
احدهما له من نصيبه النصف ويشترط الاخر من نصيبه
الثلث وان استأجروه على اجر واحد ولم يبينوا ما
يعطيه كل واحد منهم جاز ولزم كل واحد منهم بقدر نصيبه
من المقسوم وبه قال احمد وقال ابو حنيفة يقسم على عدد
الرؤوس دليلنا هو انها مؤونة تجب لمال مشترك
فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة
ولان ايجاب ذلك على عدد الرؤوس يؤدي الى ان يؤخذ من
كل نصيبه مثل جميع ما يصيبه لانه قد يكون قرية بين نفسين
لاحدهما سهم من مائة سهم والباقي للاخر ويكون نصف
الاجر بقدر قيمة السهم الذي يخصه فيكون ذلك اضرارا
والقسمة تراد لازالة الضرر لا للاضرار قالوا الاجرة انما تستحق
بالعمل والعمل هو الحساب والعمل الذي يحصل من القاسم على
السهم القليل كالعمل الذي يحصل على السهم الكثير سواء
لان تقويم الملك وتعديل الاجزاء والضرب في الحساب وتصحيح
العريضة التي يقسم منها سواء في حقوق الجميع وجب ان يكون

ذلك يكون وضعا على جميع الحائط ويكون مسقفا بسقف
شريكه فلم يجز واذا لم يجز له ذلك كان المسقف عليه
متعذرا فلم يجبر عليه لما فيه من الاضرار به **فصل**
وان كان بينهما ارض مختلفة الاجزاء بعضها عامر وبعضها
خراب او بعضها قوي وبعضها ضعيف او بعضها شجر
او بناء وبعضها بياض او بعضها يسقى بالسيح وبعضها
بالناضح والدوالي والطريق الى الجميع واحد والباب
واحد نظرت فان امكن التسوية بين الشريكين في جميع
جيده ورديه بالتسوية بان يكون الجيد في جميع مقدمها
والردي في جميع موخرها فاذا قسمت بينهما نصفين من
اول مقدمها الى اخر موخرها صار الى كل واحد منهما من
الجيد والردي مثل ما صار الى الاخر من الجيد والردي
وطلب احدهما هذه القسمة وامتنع الاخر اجبر الممتنع منهما
عليها لانها كالارض المتساوية الاجزاء في امكان التسوية
بينهما فيها **فصل** وان لم يمكن التسوية بينهما في الجيد
والردي بان كانت العمارة او الشجر او البناء في احد
النصفين دون الاخر بان كان ذلك في نصف مقدمها
او نصف موخرها نظرت فان امكن ان يقسم قسمة تعديل
بالقيمة وهي التي لا يحتاج فيها ان يرد احدهما على الاخر شيئا

من غير المال المقسوم فان يكون الارض ثلاثين جريبا والجريب
هو الذي يسميه اهل مصر الفدان ويكون عشرة اجربة
من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديها فدعى الى ذلك
احد الشريكين الى قسمتها وامتنع الاخر ففيه قولان
احدهما انه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوي في الزرع ويقف
القسمة الى ان يتراضيا والقول الثاني انه يجبر لوجود
التساوي بالتعديل فعلى هذا في اجرة القسام وجهان
احدهما انه يجب على كل واحد منهما نصف الاجرة لانهما يتساويان
في اصل الملك والثاني انه يجب على صاحب العشرة بثلث
الاجرة وعلى صاحب العشرين بثلثها لتفاضلهما في
المأخوذ بالقسمة فصل وان امكن قسمة التعديل
وقسمة الرد فدعى احدهما الى قسمة التعديل ودعى الاخر
الى قسمة الرد فان قال احدهما نجعل العشرة من جيدها
على ما مضى في مقابلة العشرين من رديها وقال الاخر
بل نجعل العشرة مع خمسة من رديها في مقابلة الباقية
منها ويرد من ياخذ الجيد نصف قيمة العشرة على الاخر
فان قلنا ان قسمة التعديل يجبر عليها فالقول قول من
دعا اليها لان ذلك مستحق وان قلنا لا يجبر وقف الامر
على ان يتراضيا على احدهما فصل وان كان بينهما

ارض مزروعة وطلب احدهما قسمة الارض بينهما دون
الزرع وجبت القسمة لان الزرع في الارض لا يمنع القسمة
في الارض لانه بمنزلة القماش في الدار فلم يمنع وجوبها
كالقماش في الدار وسواء كان قد خرج الزرع او لم يخرج
وان طلب قسمة الارض الزرع دون الارض نظرت
فان لم يكن نبت البذر او كان قد نبت واشتد حبه
لم يجبر الممتنع لانه مجهول وان كان قصيلا فالذي ذكره
الشيخ ابو حامد الاسفراييني انه لا يجبر لانه لا يمكن تعديله
لانه يتفاوت فيكون في موضع اكثر منه في موضع
فلا يمكن افراده بالقسمة والذي ذكره القاضي ابو الطيب
الطبري انه بني على القولين في ان القسمة هل هي بيع او فرز
النصيبين فان قلنا انها بيع لم يجبر لانه لا يمكن بيعه
الا بشرط القطع وان قلنا انها فرز النصيبين
جاز والصحيح هو الاول لان الزرع لا يمكن تعديله وان
طلب قسمة الارض مع الزرع وامتنع الاخر لم يجبر
الممتنع لان الزرع لا يمكن تعديله فان تراضيا على القسمة
فان كان بذرا لم يجز قسمته لانه مجهول وان كان قد
ظهر من الارض فان كان مما لا ربا فيه كالقصيل والقطن
جاز لانه معلوم مشاهد ويكون تابعا للارض الا انه

انه يجوز بيعه مع الارض من غير شرط القطع فاشبه
الاشجار في الارض وان كان ولد العقد فيه للحب لم
يجز لانا ان قلنا ان القسمة بيع لم يجز لانه بيع ارض
وطعام بارض وطعام وذلك ربا وان قلنا ان القسمة
فرز النصيبين لم يجز لانه قسمة مجهول ومعلوم
فصل وان كان بينهما عبيد او ماشية او
اخشاب او ثياب ينقص قيمتها بالقطع او حديد او
نحاس او رصاص يطرق فان كان ذلك من جنسين
مثل ان يكون غنما وبقرا او خيلا وبغالا او ثياب
ابريسم وثياب كتان وثياب قطن قسم كل واحد
منها على الانفراد على ما ياتي بيانه ولا يجبر احدهما
على ان ياخذ جنسا من هذه عن الجنس الاخر وان كان
جنسا واحدا كالعبيد والغنم او الابل او البقر او الخيل
او البغال او الحمير او الثياب من الابريسم او القطن
او الكتان وطلب احدهما قسمتها اعيانا اي عبدا
بعبد او ثوبا بثوب ونحو ذلك وامتنع الاخر فان
كانت متفاضلة في القيمة لم يجبر الممتنع منهما على القسمة
لما فيها من الرد وان كانت متماثلة في القيمة ففيه
وجهان احدهما وهو قول ابي العباس بن سريج وابي اسحق

المروزي وابي سعيد الاصطخري انه يجبر الممتنع عليها
عليها وهو ظاهر المذهب لانها متماثلة ولان العبيد
والثياب لا يمكن قسمة كل عبد وثوب بنقص قيمته بالقطع
فصار جميعها كالدار الواحدة وكذلك سائر الاجناس
والثاني وهو قول ابي علي بن خيران وابي علي بن ابي هريرة
انه لا يجبر الممتنع عليها لانها اعيان مختلفة فلم يجبر
على قسمتها اعيانا كالدور المتفرقة والاول اظهر لانه لا
يمكن قسمة كل واحد منها على الانفراد ويمكن قسمة
جميعها وتعديل السهام فيها بالقيمة فاشبهت الارضين
المختلفة القيمة ولما ورد الحديث عن النبي عليه السلام في
ستة اعبد اعتقهم رجل من الانصار عند موته ولم يكن
له مال سواهم فجزأهم ثلاثة اجزاء واقرع بينهم في
تمييز الحرية من الرق فذهب ابو العباس ومن وافقه
الى ان فعله تغليبا للحرية فلم يجوزوا مثله في غيرها وان
كان بينهما ثلاثة اعبد وطلب احدهما ان ياخذ عبدا بالعبدين
الاخرين وامتنع الاخر فان كانت قيمة العبدين اكثر من قيمة
العبد الاخر لم يجبر الممتنع لما فيه من الرد وان كانت قيمة
العبدين وقيمة العبد الاخر متماثلة بان كانت قيمته مائة
وقيمتهما مائة فهو على الوجهين على الاول يجبر الممتنع وعلى الاخر

الجبر وتوجيهها ما ذكرناه وقيل الجبر هاهنا وجها واحدا
كما الجبر في الحسين والاول اظهر للحسن الذي ذكرناه في
العتق فصل وقال ابو حنيفة الرقيق لا يقسم دليلنا
ما تقدم قالوا الرقيق يختلف منافعه وتقصد منه العقل
والدين والفطنة وذلك لا يمنع منه المعدل قلنا هذا
لا يصح لان القيمة تجمع ذلك وتعدله كسائر الاشيا
المختلفة فصل وان لم يطلبا قسمة العين التي بينهما
واراد احدهما قسمتها مهاياة وهو ان يجعل بعض الدار
لاحدهما يسكنها وبعضها للاخر وكذلك الارض في
الزرع وامتنع الاخر لم يجبر الممتنع منهما على المهاياة وقال
مالك وابو حنيفة يجبر عليها دليلنا هو ان الاصل
الا على سبيل المعاوضة والمعاوضة غير واجبة قالوا
لو طلب احدهما قسمة الارض الاصل وامتنع الاخر
اجبر عليها فكذلك يجب ان يجبر على قسمة المنافع ولا
يلزم العبيد لان عند ابي حنيفة لا تقسم قلنا
تخالف هذا قسمة الاصل لان هناك هو افراز
النصيبين وتمييز الحقين وهاهنا بخلافه
ما فترقا فصل وان كان بينهما
منافع نما لا يمكن قسمته كالوقف والمستاجر

وما لا يحتمل القسمة فيه من الملك فاراد قسمتها
مهاياة وهو ان يكون العين في يد احدهما مدة
ثم في يد الاخر في مثل تلك المدة جاز لان المنافع
كالاعيان لانه يجوز عقد الاجارة عليها فجاز
قسمتها كالاعيان وان طلب احدهما ذلك وامتنع
الاخر لم يجبر الممتنع عليها ومن اصحابنا من حكى فيه
وجها اخر انه يجبر عليها كما يجبر على قسمة
الاعيان والصحيح انه لا يجبر لان حق كل واحد
منهما يتعجل فلا يجبر على تاخيره بالمهاياة كالدين
الحال بخلاف الاعيان فانه لا تاخير بالقسمة حق واحد
منهما واذا اتفقا على مدة اختص كل واحد
بمنفعته وان كان يحتاج الى النفقة كالعبد والبهيمة
كانت نفقته على من يستوفي منفعته وان كسب
العبد كسبا معتادا في مدة احدهما كان له هو
في مدته وهل يدخل فيها الاكساب النادرة
كاللقطة والركاز والهبة والوصية فيه
قولان احدهما انها تدخل فيها لانه كسب فاشبه
المعتاد والثاني انها لا تدخل فيها لان المهاياة
بيع لانه بيع حصة من الكسب في احد اليومين بحصة

p. [299-back pastedown]

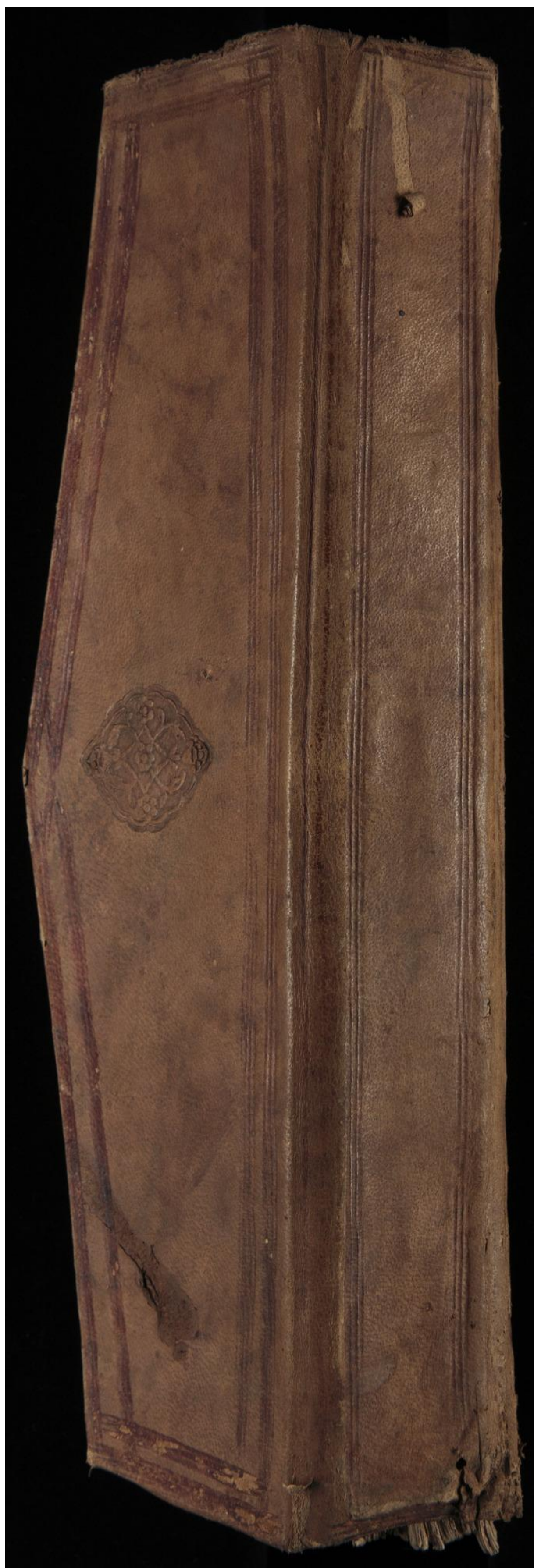
في اليوم الآخر والسعر لا يدخل فيه إلا ما يقدر
عليه في العادة والنادر لا يقدر عليه
في العادة فلم يدخل فيه فعلى هذا يكون
بينهما وإن استأجر أحدهما به من ثم هلك
قبل أن يستأجر الآخر به كان له الرجوع
عليه بأجر المثل لما يخصه لأنه بان بذلك أنه استأجر
بما هو حقه وحق غيره والله أعلم بالصواب

تم هذا الجزء بحمد الله وعونه ومنته
يوم الثلاثاء يوم عيد الفطر
من سنة ثلاث وخمسين وستمائة

اللهم صلى على محمد وعلى آل محمد وارحم كاتب هذه الأجزاء
واغفر له ولوالديه وللداعي لهم ولـ[illegible] أجمعين [illegible]
والحمد لله رب العالمين

كتب هذا الجزء برسم خزانة الفقيه الإمام العالم العامل جامع
الفضائل المولى شرف الدين مالك الرق ولده [illegible]
ومولانا أصيل الدين أقضى قضاة المسلمين متع الله المسلمين
بطول بقائهما واغفر لهما وارحمهما في الدنيا والآخرة بمنك وكرمك
يا أكرم الأكرمين وأرحم الراحمين والحمد لله رب العالمين
وحسبنا الله ونعم الوكيل

[Foreedge]



[Spine]



[Back cover]

